OPERE

DI

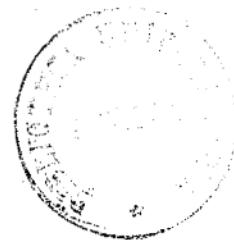
CONTARDO FERRINI

VOLUME QUARTO

STUDI VARI DI DIRITTO ROMANO E MODERNO

(sui diritti reali e di successione)

A CURA DI

PIETRO CIAPESSONI

ULRICO HOEPLI
EDITORE LIBRAIO DELLA REAL CASA
MILANO
1930

Tra gli scritti giuridici minori di Contardo Ferrini hanno attinenza con la materia che in questo volume prevale non pochi già inseriti, per più diretta connessione, in altri volumi della collezione, nonchè le voci *Mancipatio* (in « Enciclop. giurid. italiana », vol. IX, parte II, 1901, pp. 590-593), *Mancipium* (Ibid., pp. 593-596), *Capioni* (in « Il Digesto ital. », vol. VI, parte I, 1888, pp. 728-734), *Regola Catoniama* (Ibid., vol. VII, parte I, 1896, pp. 633-643), *Dominium* (Ibid., vol. IX, parte III, 1901, pp. 784-792), *Legge Falcidia* (Ibid., vol. XI, parte I, 1895, pp. 16-68), delle quali almeno alcune avrebbero dovuto essere qui ripubblicate, se tale categoria di scritti non fosse di proposito esclusa da questa collezione (vedi vol. I, p. XII). Restano pure escluse, perchè il Ferrini le volle sempre inedite, le « Ricerche sulla capacità giuridica presso gli ebrei », il primo suo scritto giuridico, letto nell'aprile 1877 nell' Istituto di esercitazioni annesso alla Facoltà di giurisprudenza della Università di Pavia, e primamente pubblicato da C. Pellegrini in « La Scuola Cattolica », N. S. 6 (1914), pp. 75-88.

Nella serie degli scritti contenuti in questo volume si è seguìto l' ordine sistematico adottato dallo stesso Ferrini nel suo « Manuale di Pandette », ma l' ordine cronologico di essi (che certo ha pure una evidente importanza) risulta anche dall' indice : il primo scritto è del 1881, e appartiene al periodo in cui il Ferrini, da poco laureato, era a Berlino con un premio di perfezionamento del R. Collegio universitario « Ghislieri » di Pavia ; l' ultimo è del 1902, e fu licenziato per le stampe nella prediletta Suna, non molto prima che la morte rapisse l' insigne romanista alla scuola ed alla scienza, nel fervore di un' attività veramente prodigiosa.

p. c.

De iure sepulcrorum apud Romanos (*).

Praefatio.

Nemo est sane qui nesciat quanta fuerit apud Romanos erga defunctorum manes reverentia. Nec mirum id prorsus videtur: putabant enim ipsos manes inquietos tristesque pererrare donec corpora ipsorum terra operirentur, vel saltem eorum cineres in monumento reponerentur [1]. Illud potius est mirandum maximam fuisse hac de re Graecorum ac Romanorum sententiarum similitudinem: potest enim dici eadem fere apud utrosque optinuisse. Quare factum est ut versus illos nobilissimos, quibus Elpenoris anima Ulissem precatur ne se insepultum relinquat (Od. XI, 51 sqq.) [2], summo iure Vergilius in suo carmine (VI, 365-366) imitatus sit. Palinurus enim Aeneam ducem enixe rogat:

> eripe me his, invicte, malis; aut tu mihi terram
> inice, namque potes, portusque require Velinos.

Hanc fuisse potissimum causam cur tantam adhibuerint Romani erga defunctos curam etiam praestantissimo Ciceronis loco probatur (*Tusc.* 1, 12, 27): « unum illud erat insitum priscis ..... esse in morte sensum neque excessu vitae sic deleri hominem, ut funditus interiret; idque cum multis aliis rebus

(*) [Pubblicato in *Archivio giuridico,* 30, 1883, pp. 447-80].

[1] Hoc etiam casu os ex combusto cadavere selectum seu resectum, antequam cremaretur, inhumabatur: eousque familia funesta manebat (Cic. *de leg.* 2, 22, 57). Humari autem antiquitus apud Romanos plerumque cadavera solebant, idque in patriciis diutius optinuit. E patriciis Corneliis primus Sulla igni voluit cremari.

[2] [Cf. *Scritti,* V, p. 15 n. 1].

tum *e pontificio iure* et *e caerimoniis sepulcrorum* intellegi licet: quas maxumis ingeniis praediti nec tanta cura coluissent nec violatas tam inexpiabili religione sanxissent, nisi haereret in eorum mentibus mortem non interitum esse omnia tollentem atque delentem, sed quandam quasi migrationem, cet. ».

Inde patet ius sepulcrorum a religione ipsa originem hausisse atque iuris praesertim sacri seu pontificii partem quandam fuisse. Cicero igitur in libris, quos *de legibus* composuit, in eo loco ubi de iure sacro data opera disserit, eam quoque legem inseruit: « *deorum manium iura sancta sunto* » (*de leg.* 2, 9, 22); idemque alibi fatetur « *totam huius iuris compositionem pontificalem* » esse (ib. 2, 22, 55: cf. 23, 58). Ex ipsius autem testimonio satis constat pleraque quae ad ius sepulcrorum referrentur in duodecim tabulis fuisse constituta, ita ut a iure pontificio ad ius civile quodammodo transirent (ib. 2, 23, 58). Quare factum est ut iurisconsulti et praetores, demum etiam imperatores, operam impense navarent ut haec iura tuerentur; neque nobis, utpote qui a iurisconsultorum castris profecti simus, absurdi aliquid moliri videmur, cum ea quae hac de re passim apud veteres ac praesertim apud iurisconsultos leguntur colligere atque pro viribus pertractare instituamus. Nemo tamen crediderit ius sepulcrorum, cum etiam civili tuitione gauderet, omnino fuisse a religione semotum atque pontificum auctoritati subtractum. Quinimo in dubiis rebus pontificum collegium consuli solebat (Cic. *de leg.* 2, 23, 58); atque etiam postremis romanae dicionis temporibus sine pontificum decreto corpus vel ossa aliquo iniuria inlata effodere atque eruere nefas erat. Haec iam Labeo docuit ac Tribonianus comprobavit (D. 11, 7, 8 pr.). Nec miramur cum ipse dicat hoc et principis iussu fieri posse: constat enim principem Pontificem Maximum fuisse, ita ut hinc quae diximus confirmentur (1).

Item Ulpianus docet, cum locus religiosus reficiendus sit, pontifices explorare debere quatenus salva religione desiderio reficiendi operis medendum sit (D. 11, 8, 5, 1). Illud tamen

---

(1) Haec sibi volebat Labeo. Tribonianus aut imprudens recepit aut aliam significationem attribuit. Ex huiuscemodi locis, qui in Digestis occurrunt, illud ortum vehementer suspicor, quod Tribonianus apud Byzantinos scriptores ἑλλήν audiat [cf. Lenel, *Paling.*, II, Ulp. 731].

prae oculis habendum est eatenus tantum Romanorum religionem patere quatenus et imperii fines: unde fit ut hostium sepulcra ipsis religiosa non sint (D. 47, 12, 4), atque cum loca ab hostibus capiantur omnia sepulcra religiosa esse desinant, et iure tantum postliminii ad pristinam revocentur religionem (D. 11, 7, 36). Cives qui in patriam ipsam saeviunt, deos ipsos atque divina iura gravissime violant (quae et apud graecos optinuisse Lycurgus in oratione in Leocratem habita auctor est, cf. cap. 1 eiusd.), minime ergo, si concidant, lugendi sunt, sepulcrorumque iure expertes evadunt (D. 11, 7, 35).

Quae a remotissimis usque temporibus sunt repetenda, nam etiam in homericis carminibus legendum est ita in eos qui quolibet modo patriam ipsam laesissent esse animadversum (*Il.* II 391; XV 348; Soph. *Ant.* 203 sq.; Lyc. κατὰ Λεωκρ. 164) (1). Quorum, cum antiquitatis plena sint, meminisse iuvabit, nam et multo serius vestigia deprehendenda sunt. Ulpianus enim ait hoc in maiestatis damnatos aliorumque in rempublicam criminum cautum fuisse: « ...eorum in quos animadvertitur corpora non aliter sepeliuntur quam si fuerit petitum et permissum, *et nonnumquam non permittitur maxime maiestatis causa damnatorum* » (D. 48, 24, 1). Et merito quidem; nam patria religione carere debebat qui in patriam ipsam deliquisset, et eiusmodi mihi videtur sibi velle Ulpianus cum dicat: « proximum sacrilegio crimen est, quod maiestatis dicitur » (D. 48, 4, 1 pr.).

Quibus praemissis, ad rem ipsam veniamus, atque primum de religiosis dispiciamus: eorum enim notio totius commentationis veluti fundamentum est.

Caput I.

De religiosis atque de eorum iure.

Uti omnibus liquet, ex iure romano quaedam res alicuius in bonis sunt (seu singulorum seu universitatis seu civitatis) quaedam nullius (Inst. 2, 1 pr.). Nullius autem sunt res sacrae, sanctae ac religiosae (ib. § 7). Res sacrae sunt quae rite

---

(1) Cf. et dissert. nostram: *Quid conferat ad iur. crimin. hist. hom. hesque poem. stud.*, p. 14 sq. [= *Scritti*, V, p. 15].

dis consecratae sunt, res sanctae sunt quae patriorum numinum tutela maxime gaudent, res demum religiosae (seu uno verbo religiosa, cf. Theoph. τὰ relegíosa) sunt quae dis manibus relinquuntur (Gai. 2, 4). Praesertim vero religiosa audiunt loca in quae mortuus inlatus sit, immo veteres atque novos iuris auctores cursim perlegenti haec tantum eo sub nomine venire videntur (Gai. 2, 6; Inst. 2, 1, 9 cum Theoph.; D. 1, 8, 6, 4) (1). Sed si rem accuratius perpenderimus in aliam sententiam ut abeamus necesse erit. Ac revera coronae et aurum et cetera denique quae cum mortuis sepulta fuisse constat nonne iuri humano omnino erepta, dis autem manibus relicta esse videntur? Huc accedit in lege Iulia « de peculatu et de sacrilegis et de residuis » tum pecuniam sacram et publicam, tum *et religiosam* nominari (D. 48. 13, 1). Marcianus autem in Institutionibus suis (D. 48, 13, 5, 3 [4, 6]) docet thensaurum, qui in monumento inveniatur, *religiosum non esse:* non enim, ait, *religiosum fieri potest quod sepeliri est prohibitum:* ne autem thensaurus sepeliretur, mandatis principalibus cautum erat. Patet ergo ceteras res, quas sepelire licebat, religiosas esse factas, immo et pecuniam ipsam postremis reipublicae atque primis imperii temporibus eodem esse iure gavisam. Item lapides monumenti licet remoti sint religiosi manent (cf. D. 6, 1, 43). Fieri etiam potest ut eadem res sacra simul et religiosa sit, veluti templa, in quibus sepulcra sunt (2).

Nunc est videndum, an cuilibet liceat in quemcumque locum mortuum inferre, vel saltem an, mortuo inlato, locus omnino religiosus fiat. Ante omnia meminisse oportet nullum locum religiosum fieri posse, qui romana sub dicione non sit: ideo si quis vel civis romanus in exilio aut apud hostes decesserit, ibique sepultus fuerit, locus purus manet. Huc accedit nemini licere locum facere religiosum, nisi dominus sit. In alienum tamen locum concedente domino licet inferre, et licet postea dominus ratum habuerit quam mortuus inlatus sit, religiosus locus fit (3).

---

(1) Cf. Puchta, *Pand.*[12], p. 53 sq.

(2) Fest., p. 289 M.: cf. Rudorff, *Gromatische Institutionen,* II, 461.

(3) Ita Inst. 2, 1, 9 legendum est. Nam quod veteres editiones habent " non habuerit „ ita est absurdum, ut confutatione prorsus non egeat; non me tamen piget Theophili Antecessoris graecam versionem referre, quae

In communem autem locum, invito socio, nemini licet inferre. Nec fructuario licet locum religiosum facere: substantiam enim rei, quae in usufructu est, salvam esse oportet, nec salva esse videtur cum humano iuri eripiatur atque res nullius fiat (cf. D. 11, 7, 2, 7). Hinc ratio petenda est quod in provinciis nemo locum religiosum facere posset; nam provinciarum agri dominium vel apud populum romanum (in stipendiariis provinciis) vel apud Caesarem (in tributariis provinciis) erat, singuli autem possessionem et usumfructum tantum habere censebantur: quamvis tamen ea loca religiosa non essent, pro religiosis habebantur (cf. Gai. 2, 7). Sed cum omnis differentia inter provincialia atque italica praedia Iustiniani constitutione (C. 7, 31, 1, cf. Inst. 2, 1, 40 atque Theoph. ib.) sublata fuisset, patet ubicumque inter imperii fines eadem optinere debuisse [1].

Nec dominus ipse locum religiosum faciendi semper potestatem habet. Nam si mortuum inferat, quem funerari sua non referat, h. e. cuius funus ad eum non pertineat, locus non fit religiosus, quod et Gaius ait (2, 6). Item si dominus mortuum in locum inferat, cuius ususfructus ad alium pertineat: nequit enim dominus fructuarii condicionem deteriorem facere. Magis est tamen, ut illi hoc liceat si fructuarius consentiat vel si eius corpus inferat, qui usumfructum legaverit, cum in alium locum inferri tam opportune non posset. Eadem sunt dicenda de loco qui servit, ni ille consentiat cuius praedio servitus debetur; sed si non minus commode servitute per alium locum uti potest (puta itineris vel actus) non videtur servitutis impediendae causa id fieri et idcirco locus religiosus fit. Quae cum ex Ulpiani libris ad Edictum (D. 11, 7, 2, 8) tum e praecipuis

---

omnes dubitationes penitus tollat: εἰ δὲ καὶ παρὰ γνώμην (τοῦ δεσπ.) ἀπέθετο (τὸ λείψανον), μαθὼν δὲ τοῦτο κύριον ἡγήσατο τὸ πραχθὲν ὁ δεσπότης, καὶ οὕτως γίνεται religíosos ὁ τόπος. De ortographica ratione quam secuti sumus cf. *Rendiconti Ist. Lomb.*, 16, 1883, p. 61 n. 1 [*Scritti*, I, p. 9 n. 1]. Theophili quae laudamus ad editionis nostrae normam expressimus, quae nunc Berolini typis Calvary excuditur [v. *Instit. gr. paraphr.*, ed. FERRINI, I, p. 100, ubi legitur μαθὼν δὲ μετὰ ταῦτα].

(1) Licet sepulcra in provinciis pro religiosis haberentur, non tanta erat iuris pontificii in iisdem observantia, sicuti ex epistula Traiani (ad Pliu 68, ed. KEIL) colligere licet, quae ad provinciale sepulcrum respicit.

regulis quae de servitutibus tradi solent sunt deducenda. Summo itaque iure haec constituta sunt: nam, ut habet Iavolenus (D. 8, 4, 4), id quod humani iuris esse desiit servitutem non recipit, nec potest cuipiam servitus adimi, ni ipse consentiat. Non tamen licet ullam condicionem, quae ad sepulcrorum ius pertineat, adicere, ut si quis caveat, ut ad certam altitudinem monumentum aedificetur, vel ut certus hominum numerus in uno loco humetur. Nam quae dis manibus relicta sunt humano arbitrio subtracta videntur. Is qui pignori locum dedit, mortuum suum inferre et ipse mortuus inferri potest; alii vero hoc concedere nequit, quamvis utilitatis causa receptum sit hoc etiam casu locum religiosum fieri.

Heres tamen, licet hereditatem nondum adierit, patremfamilias mortuum in locum qui huius fuerat inferre potest; nec videtur, ut sapienter Ulpianus monuit (D. 11, 7, 4), pro herede gerere, maxime si illum in locum inferat, quem testator sibi destinaverit. Sed et extraneo hoc facere licet, heres enim saepe adhuc latet vel id agere renuit, veritus ne pro herede gerere videatur: voluntatem enim testatoris quisque adimplere videtur, qui in eius locum corpus inferat; maximopere autem est cavendum ne corpora diu iaceant insepulta. Sed etsi in legatum locum corpus inlatum sit, fit inlatione locus religiosus, si modo in alium tam opportune inferri non potuit. Non item potest heres alium quemdam mortuum in fundum legatum inferre, etiam si locus sub condicione legatus sit (D. 11, 7, 34).

Qui locum dedit vel ultro concessit ut in suum locum mortuum inferretur, etiam viam ad locum concessisse videtur: tacite enim et hoc in illo quodammodo continetur. Via ad sepulcrum *iter aditum ambitum* continebat, ut a plerisque inscriptionibus patet (Or. 4085, 4373, 4392 [= CIL. VI, 2, n. 9404, 13823. VI, 3, n. 19562], etc.): interdum et *actus* nominatur (Or. 4379 [= CIL. VI, 2, n. 10235]). Cum fundus vendatur in quo sepulcrum est, vel in quo locum sepulcri venditor sibi retineat, eo iure utimur, ut venditori ius loci adeundi servetur: lege enim praediorum vendendorum cavetur « ut ad sepulcra quae in fundis sunt item eius aditus ambitus funeri [1] faciendi

---

[1] Sacrificii *scr. ex cj.* MOMMSEN.

sit » (D. 47, 12, 5). Saepius legitur in titulis sepulcrorum testatoris vel sepulcri conditoris iussus, ut ad loci religiosi perpetuum usum haec maneant. Item qui ius sui sepulcri utendi alicui concessit solet in titulo etiam ius itineris ad sepulcrum per sua praedia ei dare (1).

Qui autem sepulcrum suum sibi tantum reservare volebat etiam iter ceteris vetare solebat: sicut et qui alicui ius sepulcri adimebat (2).

Plerumque testator loca alia aeque satis ampla ut sepulcri usui inserviant addit, puta silvam ut inde ligna sumantur ad sacrificia facienda, agrum in quo est fons, ita ut heredes quae ad defunctorum cultum pertineant commode exsequi possint (3). Haec loca plerumque religiosa sunt, nisi sepulcri conditor ea pura servare voluerit. Res enim mihi ab eius voluntate pendere videtur (4). Quam rem Luebbertus (5) in dubium vocat,

---

(1) Cf. inscriptiones quae secuntur. Or. 4373 [= CIL. VI, 2, n. 13823]: " — — praecepit ut ad it *(sic)* sepulchrum hortus — — cedat et itum aditum ambitum sacrificique faciundi causa *proximis eius* recte liceat ". Or. 4511 [= CIL. XIV, n. 1473]: " C. Plarius — — se vibo cessit Plariae libertae suae — — adcumbitorium cum conditibum (h. e. *conditivo* = sepulcro) — — *ita ut liceat ei* itum aditum ambitum *humandumve* (sic) sacrificandum caussa habere ". Or. 4382 [= CIL. VI, 2, n. 10562]: " — — et in eo mon. itum actum ambitum inlationem mortuum mortuam inferre coronare sacrificare sacrificium facere *ei ad quem ea res pertinet pertinebit* recte liceto cet. ".

(2) Cf. Or. 1175 [CIL. VI, 2, n. 14672]: " — — et posteris — — excepto M. Antonio Athenione quem veto in eo monimento aditum habere neque iter ambitum introitum ullum in eo habere, neque sepulturae causa reliquias eius posterorumque eius inferri cet. ". Ratio iussus asperioris haec est: " ideo quia me pos(t) multas iniurias parentem sibi amnegaverit " [cf. B. Keil, *Hermes*, 43, 1908, p. 545 sg.].

(3) Cf. Or. 4085 [= CIL. VI, 2, n. 9404] (tabernam ac cisternam sepulcro addit); 4373 [= CIL. VI, 2, n. 13843] (hortum addit). Item in CIGr. II, 3281 est de θωρακείῳ (h. e. hortus maceria cinctus) atque τῷ κατεπῳκοδομημένῳ σωλαρίῳ sermo.

(4) Cf. CIL. V, 1, n. 2915: " — — hunc locum monimentumque dis Manibus do legoque "; item Papinianus (D. 18, 1, 73, 1) de " locis *puris* intra maceriam *servatis* " loquitur; et in titulo Inscr. Neap. n. 2646 [= CIL. X, 1, n. 3334] (Bruns, *Fontes*4, p. 245 [= *Fontes*, I7, p. 405]): " — — aedificia solo puro posita — — neque ullo sepulchro superposita vel coniuncta cet. ". Ceterum loculentissimum est Frontini testimonium (*de controversiis*, 23, ed. Lachmann): " habent enim et Moesilea *iuris sui hortorum modos circum iacentes aut praescriptum agri finem* ".

(5) *Commentationes pontificales*, p. 58.

sed perperam, ut nemo non videt. De modo eiusmodi locorum controversia erat, quae ad gromaticos pertinebat (1).

In locum publicum nulli privatorum licet mortuum inferre: quod si id dolo fiat praetor iudicium dat. Item cautum est, ut qui intulit extra ordinem plectatur, modica tamen coercitione (D. 11, 7, 8, 2). Interdum tamen factum est ut aliquibus viris de republica optime meritis locus sepulturae in publico daretur. Hoc perraro tamen accidit, ut ex Cic. *Phil.* 9, 6, 14 patet. En inscriptionem praestantissimam quam in « Corpore Inscriptionum Latinarum » (I, n. 635) legere est:

C. POPLICIO L. F. BIBVLO AED. PL. HONORIS
VIRTVTISQVE CAVSSA SENATVS
CONSVLTO POPVLIQVE IVSSV LOCVS
MONVMENTO QVO IPSE POSTEREIQVE
EIVS INFERRENTVR PVBLICE DATVS EST

Inde docemur ad eiusmodi beneficium praeter senatus decretum populi iussum necessarium fuisse. Cum autem ager publicus neque viritanae neque coloniariae adsignationis causa recte alienaretur nisi lege de ea re lata, locumque publicum ne ad sacros quidem usus destinare liceret, nisi populo de ea re rogato, item lege opus fuisse consentaneum est ad agrum publicum sepulcri faciendi causa privato homini donandum; caduntque omnino eiusmodi decreta inter privilegia, quae licet senatus saepe concesserit, populo praeterito, tamen summo iure sine populi iussu perfici non potuerunt. Haec fere Mommsenus adnotavit (2).

Potest fieri, ut mortuus in locum sacrum vel sanctum inferatur, puta in locum qui deo cuidam rite consecratum est, vel in muros civitatis. Qua de re scriptorum sententiae omnino nos deficiunt, sed illud omni procul dubitatione constare videtur locum religiosum non fieri, mortuum eiciendum esse, eumque qui hoc patrare ausus sit, si modo dolo fecit, extra

---

(1) Frontin., loc. cit.; RUDORFF, *Grom. Inst.*, II, 460. Hinc videtur non longe a veritate aberrasse qui in Encyclopaedia rei antiquariae quam edidit PAULY haec scripsit (VI, 1, p. 1058): " Die Inschriften zeigten sehr häufig an wie gross der zum Grabe gehörende (ebenfalls wie das *sepulcrum* als *res religiosa* geltende) Raum oder *area* sei ".

(2) CIL. I, p. 185.

ordinem puniendum. Item, ni fallor, interdictum *ne quid in loco sacro fiat* competit; ait enim praetor: « *In loco sacro facere inve eum immittere quid veto* » (D. 43, 6, 1 pr.), quod et de rebus sanctis Hermogenianus interpretatus est (D. 43, 6, 2). Illud etiam dici posse crediderim: qui in publicum sacrum mortuum dolo malo intulerit, crimini sacrilegii obnoxium esse (D. 48, 13, 4, 2 etc.). Qui in privatum sacrum mortuum inferre tentaverit, gravius quam qui in alienum locum purum hoc fecerit est puniendus (arg. a D. 48, 13, 11 [9], 1): sed de hoc inferius plura.

Potest etiam fieri ut ille, cui licet mortuum aliquo inferre, iniuria prohibeatur. Praetor ei actionem in factum dat necnon interdictum (D. 11, 7, 8, 5), etiam si non ipse sed eius procurator prohibeatur, quoniam et hoc casu ipse quodammodo prohiberi videtur. Interdictum est palam prohibitorium; praetor ait enim: « *quo quave illi mortuum inferre invito te ius est quominus illi eo eave mortuum inferre et ibi sepelire liceat, vim fieri veto* » (D. 11, 8, 1, 1 cf. § 4 et D. 11, 7, 9). Interdictum videtur Heimbachio [1] perpetuum fuisse, nam nullo in loco contrarium legitur; ipse addit damni refectionem per hoc interdictum optineri non posse, nam ad hoc actio in factum data est.

Alterum interdictum praetor constituit: « *Quo illi ius est, invito te mortuum inferre, quominus illi in eo loco sepulcrum sine dolo malo aedificare liceat, vim fieri veto* » (D. 11, 8, 1, 5). Hoc interdicto et ille tenetur qui sepulcrum vel labens restaurari vel elegantius exornari impediat (D. 11, 8, 1, 9). Nullus dubito quin et damni refectionem hoc interdicto consequi actor possit: illud tamen incertum mihi videtur an perpetuum sit necne. Nam si quis dixerit hoc interdictum ideo constitutum quia religionis interest monumenta exstrui et exornari (D. 11, 8, 1, 6) atque interdicta quae ad publicam pertineant potissimum utilitatem esse perpetua (cf. D. 43, 8, 2, 44), non absurde loqui videretur. Sed cum hoc interdictum praecipue privatorum commoda tueatur neque alterius interdicti ἀναλογία adeo tuta sit, in eam libentius sententiam eo, interdictum annuum esse. Non legitur actio in factum dari solere: id tamen veri similius est. Si tamen quis propius aedes meas sepulcrum

---

[1] In Weiske, *Rechtslexicon*, V, 563 sq.

aedificet, opus novum nuntiare possum: facto autem opere nullam habebo actionem, sed interdictum quod vi aut clam (D. 11, 8, 3 pr.).

Actio autem in factum, de qua nobis iam sermo fuit, nunc est accuratius dispicienda. Qui interdicto statim uti non vult, mortuum alio inferre potest, ac deinde in factum adversus prohibentem agere. Actione autem id adipisci potest, cuius interest, atque in hanc computationem loci pretium cadit, in quem mortuum inferre est prohibitus, itemque pretium illius loci, in quem corpus inferre coactus est: non enim aliter eum religiosum fecisset [1]. Quae actio neque heredi neque in heredem a plerisque datur, qua de re Gaius vehementi admiratione adficitur, cum ullam pretiosam rationem invenire nequeat. Nonne enim et heredis refert pretium loci accipere quem, ni defunctus prohibitus fuisset, veluti purum in suos usus convertere potuisset? Gai igitur sententia est heredi quoque et in heredem actionem competere, cum pecuniariae quantitatis ratio in eam deducatur. Qui etiam auctor est eiusmodi actionem perpetuo dari, quo potissimum Heimbachius nititur, ut probet etiam interdictum, quod de ea re proponitur, perpetuum esse, id autem non cuilibet fortasse probabitur.

Iam vidimus in quaenam loca liceat mortuum inferre. Nunc dispiciendum est quid iuris sit, si quis mortuum in privatum locum intulerit, cum ei non liceret vel specialiter non esset concessum. Si ea quae hac de re in Digestis continentur diligenter perlegerimus, facile constabit non omnes casus pariter esse pertractandos, sed potius distinguendum esse, utrum qui intulit dominus sit necne. Ius enim mortuum inferendi dominium quodammodo sequitur, atque ex ipsius natura oriri videtur. Quare fit ut si dominus in locum suum mortuum inferat, cum hoc ei non liceat, puta quia fundi ususfructus alii cuidam pertineat vel quia servitus, quae vicino praedio competit, difficilior efficiatur, locum religiosum nequaquam faciat, sed nec fructuario nec vicini praedii domino eum prohibere liceat. Possunt quidem postea in factum agere et id, quod sua interest, adipisci; non tamen eum cogere, ut

[1] Haec Gaius, D. 11, 7, 9. Sed si quis mortuum alio in loco deposuerit eo animo, ut deinceps alio transferret, religiosum locum non facit (D. 11, 7, 40); non enim sepultus mortuus dici potest qui temporis gratia depositus est.

mortuum transferat (D. 11, 7, 43) [1]. Sin autem dominus prohibeatur, poterit ipse vel interdicto experiri, vel in factum agere, ut iam nobis sermo fuit, et hoc etiam Papiniano probatur. Si contra in locum alterius purum mortuus vel ossa mortui inlata esse dicantur, actione in factum qui intulit tenebitur, quam praetor in edicto suo proposuit (D. 11, 7, 2, 2), quin et pecuniariae poenae subicietur (eod. l.). Verba Edicti « *in locum alterius* » ita intellegenda sunt, ut Ulpianus animadvertit, ut domino tantum, non et bonae fidei possessori haec actio competat. Is autem qui intulit vel mortuum tollere vel loci pretium praestare cogitur per in factum actionem, quae heredi et in heredem competit (D. 11, 7, 7 pr.). Sed dominus nequit corpus inlatum effodere atque eicere, ni decretum pontificum vel principis interveniat: nam aliter iniuriarum actione teneretur (D. 11, 7, 8 pr.). Quae actio semper heredi defuncti competit: nam si iniuria post aditam hereditatem facta est, heredi ipsi quodammodo facta videtur, si autem ante aditam hereditatem, magis hereditati et sic per hereditatem heredi adquiritur actio. Haec habet Ulpianus (D. 47, 10, 1, 6): quia, ut ipse ait, spectat ad existimationem nostram si cadaveri eius, cui heredes extitimus, iniuria facta fuit. Quod si nullus heres est, bonorum possessor agere potest. Nemo tamen crediderit etiam actionem sepulcri violati competere: nullum enim sepulcrum esse intellegitur, ubi mortuus iniuria sepultus est.

Haec fere de modis quibus loca religiosa fiunt dicenda erant. Superest ut breviter de religiosorum iure generatim dispiciamus: quae enim ad sepulcrorum ac monumentorum tutelam pertinent inferius exponenda sunt. Uti omnibus liquet, locus qui religiosus fit nullius esse incipit: nemo enim eum in dominio vel possessione habere potest. Unde Gaius satis commode docet haec loca *dis manibus esse relicta*, quod in Institutionibus suis Iustinianus manifesta ratione repetere noluit. Dii manes autem animae ipsae defunctorum sunt, quare et Cicero in libris quos de legibus conscripsit (2, 9, 22) hoc etiam constituendum putavit: « sepoltos (nos *codd.*) leto datos divos habento ». Res igitur nullius sunt, eorum nempe qui in

---

[1] Cf. WEISKE, *Rechtslexicon*, V, 563.

hac vita degunt, sed in defuncti potestate atque tutela quodammodo sunt. Hoc etiam facile crediderim sibi voluisse Ulpianum, cum ita scripserit: « naturaliter enim videtur ad mortuum pertinere locus in quem infertur » (D. 11, 7, 4). Haec si teneas, sane intelleges cur res, quae nullius sit in bonis, tanta gaudeat iuris sollicitudine, et cur in illos qui in eam offendant tam graviter animadvertatur.

Locus igitur religiosus nec venire nec donari neque alio quoquo modo alienari potest neque ab aliquo usucapi, uti et consentaneum est. Loci religiosi emptio intellegitur si ab ignorante emitur (D. 18, 1, 4): nam licet emptio ipsa non teneat, ex empto tamen adversus venditorem experietur ut consequatur quod interfuit eius ne deciperetur (D. 18, 1, 62, 1). Vehementer tamen suspicor haec interpolata esse: probabilius enim Pomponius et Modestinus de actione in factum locuti erant, quam praetor ei, ad quem ea res pertinebat, dabat, quaeque et in heredem competebat, cum quasi ex empto actionem contineret (cf. D. 11, 7, 8, 1) (1). Cum autem legamus de venditionibus vel donationibus sepulcrorum, hoc tantum de loculis qui nondum religiosi facti sunt intellegere oportet (2); item cenotaphia, quae, ut divi fratres rescripserunt (D. 1, 8, 6, 5; 7. 11, 7, 6, 1), religiosa non sunt, venire ac donari possunt (3).

Saepius qui sepulcra condebant in titulis omnino vetabant locum sepulturae vendere vel alio modo alienare atque poenam in eum qui hoc fecisset statuebant. Quae autem natura huius poenae sit, inferius disputabimus: nunc exempla quaedam veluti specimen afferemus. Non semper tamen poena addebatur atque hisce in casibus videtur prorsus inutile fuisse id in titulo vetare, de quo iam ius pontificium atque praetorum edicta cavebant; perpendendum est tamen solere testatores vel sepulturae conditores etiam aliorum locorum quae religiosa non essent, sepulcrorum tamen commodo inservirent, alienationem prohibere.

---

(1) [Cf. Ferrini, *Pandette,* p. 571 n. 3].

(2) Rein in Pauly, *Real-Enc. d. cl. Alterth.,* IV, p. 1058.

(3) Religiosa cenotaphia esse quidam crediderant (D. 1, 8, 6, 5) auctoritate Vergilii (*Aen.* III, 303; VI, 505), mirum quantum decepti: " tunc egomet *tumulum* Rhoeteo in litore *inanem* | constitui et magna *manes* ter voce vocavi ".

1) Or. 4388 [= CIL. VI, 3, n. 21096]: « D. M. A. Larcius adiutor fecit monumentum sibi et suis libertis libertabusque posterisque eorum. Hoc m(onumentum) veto veniri, veto donari ».

2) Or. 4386 [= VI, 2, n. 13203]: « — — hoc monumentum cum aedificio neque — veniet neque donabitur neque pignori obligabitur, sed nec ullo modo abalienabitur, ne de nomine exeat familiae suae ».

3) Or. 7331 [= CIL. VI, 4, n. 29909]: « — — ne veneat ne fiduciare liceat nec de nomine exire liceat *secundum sententias pontificum* cet. ».

4) Or. 4427 [= CIL. VI, 2, n. 13152]: « si quis hoc sepulchrum vel monimentum — — vendere vel donare voluerit — — dabit poenae nomine ar(kae) pontif(icum) HS $\overline{C}$ n[ummûm] et ei cui donatum vel venditum fuerit eadem poena tenebitur ».

5) Or. 4431 [= CIL. IX, n. 136]: « — — neque ull]i liquebit locationi[s causa in] annis centum quan[doque tr]ansvendere, quo[dsi qui adversus it fecerint, eorum bona (?!) pertinere debebunt ad rempublicam Brundisinorum] » (titulum integrum dedit Metellus Vat. 6039 f. 362).

6) CIL. VI, 1, n. 3554: « — — et praecipit heredibus ne quis extraneum vellit ponere vel venumdare vel fiduciare vel donum dare vel ullo modo alienare: nam post haec praecepta si quis ainventus fuerit hoc fecisse inferat sacro fisco sestertia centum milia nummum ».

Liceat nunc pauca addere ex Corpore Inscriptionum Graecarum excerpta, quae tamen ad ius romanum manifeste pertinent.

7) CIGr. II, p. 789, n. 3385: Οὔλπιος Ἰούλιος — — ἠγόρασα τὸ ἡρῷον — — μηδενὸς — — ἔχοντος τὴν ἐξουσίαν — — πωλῆσαί τε ἐξ αὐτῶν· εἰ δέ τις τολμήσει τι τοιοῦτο ποιῆσαι, θήσει μητρὶ Θεῶν Σιπυληνῇ HS ͵ε.

8) CIGr. II, p. 757, n. 3276: — — καὶ μ[ὴ ἐξέστω τούτοις (ius sepulcri habentibus) ἀπαλλοτριῶσαι τὸ μ]νημεῖον μηδὲ τοῖς ἐγγόνοις αὐτῶν· εἰ δὲ μή, ἀποτεισάτω ὁ παρὰ ταῦτα ποιήσας τῇ Ζμυρναίων πόλει δηνάρια δισχείλια πεντακόσια καὶ τὸ πραθὲν ἔστω ἄκυρον.

9) CIGr. II, p. 759, n. 3281: — — μηδενὸς ἔχοντος ἐξουσίαν ἀπαλλοτριῶσαί τι — —. ἐὰν δέ τις τολμήσει ἀπαλλοτριῶσαί τι ἐξ αὐτῶν ᾡδήποτε τρόπῳ ἀποτείσει τῷ σεμνοτάτῳ συνεδρίῳ τῶν ἐν Σμύρνῃ γερόντων ἀργυρίου δηνάρια δισχίλια πεντακόσια.

Cum tamen homines plerique avaritia permoti haud dubitaverint res religiosas « et emere et distrahere », Gordianus

imperator Zenoni rescripsit eos esse severius puniendos: ait enim: « tametsi iure venditio non subsistat, laesae tamen religionis in crimen inciderunt » (C. 9, 19, 1).

Illud quoque videtur animadvertendum, ne tractatio haec de religiosis nimis imperfecta appareat, loca religiosa intra civitatis moenia fieri nequire, nam territorium civitatis dis superis est sacrum ita ut si quis contra ea fecerit, sacra civitatis funestentur, et ideo extra ordinem puniendus sit (Paul. *Sent.* 1, 21, 2). Iam in XII tabulis cautum erat: « hominem mortuum in urbe ne sepelito » (Cic. *de leg.* 2, 23, 58 = Schöll X, 1). Quod ad claros viros quos in urbe post XII tab. sepultos esse constat, vix pretiosa ratio reddi potest, ni Tullium sequare qui ait hosce viros fortitudinis virtutisque causa legibus quodammodo esse solutos. Ac revera cum satis liqueat plerisque viris optime de patria meritis magna esse concessa privilegia, vita adhuc manente, non est cur et post eorum mortem idem fieri potuisse infitias eamus. Quidquid autem de hoc sit, illud mihi omnino est persuasum pontificalis decreti opus fuisse ut illi religione solverentur.

Item legibus XII tab. cautum est ne quis mortuum inferat bustumve novum adiciat propius LX ped. aedes alienas invito domino (Cic. *de leg.* 2, 24, 61 = Schöll X, 10). Si tamen dominus consenserit, nequit postea prohibere quominus alius mortuus inferatur vel monumentum aedificetur (D. 11, 8, 3, 1). Ille etiam consentire videtur, qui sciens et prudens non obstet.

Itaque apud Paulum (*Sent.* 1, 21, 12) legimus nec iuxta nec supra monumentum habitandi ius esse, attactu enim conversationis humanae piaculum admittitur, et qui contra ea fecerit pro qualitate personae multandum esse (1).

---

(1) Ad ea quae iam disputavimus de mortuo in locum sacrum inlato placuit nunc inscriptionem quandam addere, cuius iam memoria fugerat. Lex est quae Lucerina vocatur, et quamvis singularem prorsus casum respiciat, tamen quippe quae specimen quoddam exhibere possit omittenda non videtur. Textum sequimur quod dedit BRUNSIUS (*Fontes iuris rom. ant.*4, p. 44 [= *Fontes,* I7, p. 283: CIL. IX, n. 782]): " In hoce loucarid stircus ne quis fundatid, *neve cadaver proiecitad*, neve parentatid. sei quis arvorsu haec faxit (in) ium quis volet pro ioudicatod numum I (L? Mo.) manum iniect[i]o estod. seive mac[i]steratus volet moltare [li]cetod „.

Loucarid est pro *luco,* h. e. sacrum nemus. Cetera quamvis corrupta ac pessumdata facile intellegi possunt.

Caput II.

De funeribus eorumque sumptibus.

Iam XII tab. cautum fuisse quem quibusque ritibus funerari oporteret e Tullii luculentissimo testimonio constat. Neque ea est mens nostra ut ritus omnes quibus iusta defunctis persolvere apud Romanos consuetudo erat exponamus: haec enim cum iam saepius ab eruditissimis viris qui rei romanae antiquariae operam dant copiose ac commodissime pertractata sint, tum etiam a proposito nostro aliena videntur, quod potissimum ad iura explananda et dilucidanda pertinet.

Primum videndum est an testator aliquem designaverit qui ei mortuo funus faciat: qui designatus est tantum haec curare potest, ni recuset vel nequat; si autem recusat, nulla poena tenetur. Ac revera nemo invitus alieni negotii gestionem suscipere cogitur. Sed si ei aliquid pro hoc emolumentum relictum est et ipse testatoris voluntati non pareat ab eo repellitur (D. 11, 7, 12, 4): quod si pecuniam acceperit ac funus non duxerit, de dolo actionem in eum esse dandam Mela scripsit, Ulpiano et extra ordinem eum compellendum esse placuit (D. 11, 7, 14, 2). Si quis amplius erogaverit, quam testator voluerit, id non recte ab herede negotiorum gestorum iudicio petet (cf. D. 3, 5, 31, 4).

Heres tamen eum prohibere potest, qui a testatore designatus est, ut ipse funus ducat: nulla enim poena in eum est constituta, quamvis eum non ita recte agere divus Marcus rescripserit (D. 11, 7, 14, 14). Si testator de ea re nil cavit, ad scriptos heredes res contingit: si nemo autem scriptus est, ad legitimos heredes vel ad bonorum possessores quosque suo succedunt. Cum nemo sit qui hoc facere possit, praetor vel magistratus curare debent, ut ex pecunia, quae in hereditate est vel quae rebus hereditariis distractis colligi potest, pro defuncti dignitate ac facultatibus funeretur. Ceterum quisque potest ad funerandum accedere: illud enim diligenter cavendum est ne diu funus moretur.

Funeris sumptus pro facultatibus ac dignitate defuncti arbitratur. Ius romanum semper eo nisum est, ut huiusmodi sumptus modici fierent; iam Cicero praescripserat (*de leg.* 2,

9, 22) « sumptum in ollos (leto datos) luctumque minuunto »; atque haec potissimum XII tabularum cura fuit (tab. X). Tullius ipse auctor est (*de leg.* 2, 23, 59) quae in XII tab. minuendi sumptus lamentationisque funebris sunt de Solonis fere legibus esse translata; quae tamen non diu Romae optinuere. His nempe legibus cautum erat ne quis in urbe uri posset, ac ne rogus ascea poliretur: ut tribus tantum reciniis (recinium est breve femineum palleolum) et uno clavo purpurae et decem tibicinibus relictis lamentatio tolleretur. Mulieribus item interdictum erat genas sibi radere (h. e. carpere, lacerare) lessumque facere: nihil aliud autem erat lessum quam eiulatio quaedam — graece θρῆνος — ut Tullio quoque probatur. Tollebant leges et servilem uncturam et circumpotationem et sumptuosam respersionem, quae plerumque vino fieri solebat, longas coronas atque acerras, sive aras in quibus odores incenderentur. Sed illum excipiebant qui coronam sibi adeptus esset, haec scilicet poterat illi mortuo impune (*se fraude*) addi. Aurum sepelire lex vetabat, cui tamen dentes auro iuncti essent aurum tolli non iubebat. Quarum legum vestigium in Ulpiani libris ad Edictum mihi deprehendere videor. Ait enim: « Non .... oportet ornamenta cum corporibus condi, nec quid aliud huiusmodi » (D. 11, 7, 14, 5); itemque in mandatis principalibus quibus cavebatur ne pecunia cum mortuis sepeliretur (cf. D. 48, 13, 5, 3 [4, 6]).

Iam antiquitus videtur fuisse prohibitum per diem funus ducere, cum quia laetitiae diei parum conferre videbatur funeris tristitia ac luctus, tum quia dies superis dis sacra, nox autem inferis habebatur. Quae cum oblivioni essent tradita, imperator Iulianus constitutione sua quadam revocavit, quam graece ac latine edidit, et quae nuper inventa in Hermete, quam vocant, ephemeride est legenda una cum notis Hertlein atque Mommseni [1]. Cum Iulianus de more suo plurima prorsus obsoleta ac paene ridicula effutierit, ita concludit: τοῖς μὲν οὖν ἑκοῦσι πειθομένοις ἐξαρκεῖ ταῦτα· ἃ γὰρ ἡμάρτανον μαθόντες μετατιθέσθων πρὸς τὸ βέλτιον· εἰ δέ τις τοιοῦτός ἐστιν οἷος ἀπειλῆς καί ζημίας δεῖσθαι, ἴστω τὴν μεγίστην ὑφέξων δίκην, εἰ πρὸ δεκάτης

---

(1) *Hermes,* 8, 1874, pp. 167-72 [Cf. Bidez-Cumont, *Iuliani Imp. epistulae, leges* etc., Paris 1922, p. 194].

ἡμερινῆς ὥρας τολμήσει τε τῶν ἀπογινομένων τινὸς κηδεῦσαι σῶμα καὶ διὰ τῆς πόλεως ἐνεγχεῖν· ἀλλὰ δύντος ἡλίου καὶ αὖ πρὶν ἀνέσχειν ταῦτα γινέσθω, ἡ δὲ ἡμέρα καθαρὰ καθαροῖς τοῖς τε ἔργοις καὶ ⟨τοῖς λόγοις⟩ τοῖς Ὀλυμπίοις ἀνακείσθω θεοῖς.

Igitur ex infinitis prope nugis id tantum augurari licet, neminem potuisse ante decimam horam diei postve ortum solem funus agere, diem sacram Olympiis dis esse debere neque lugubri spectaculo funestari: qui secus faxit, maximis poenis plectendum esse (1).

Sed iam hunc nugarum sectatorem relinquamus atque ad sumptus funerum accuratius pertractandos veniamus.

Illi qui mortuum funeraverit quidquid impendit heres solvere debet, illique funeraria actio competit. Ulpianus ait eum qui in alienis parentalibus aliquid impendit cum defuncto ipso non cum herede contrahere videri (D. 11, 7, 1). Id est quod vulgo dicitur funeris impensas *debitum hereditatis* esse, immo constat eas cetera debita ex privilegio superare cum bona solvendo non sint (D. 11, 7, 45). Quam late pateant funeris sumptus ex loco Macri elici potest (D. 11, 7, 37 pr.): non tantum enim quidquid corporis causa (veluti unguenta) adhibitum est in computationem cadit, sed et sarcophagum et locus qui ad sepeliendum mortuum emptus est et vectura et vectigalia, si qua sunt, et monumentum quoque continentur. Qui alienum mortuum funerat, ni pietatis causa hoc faciat, videtur negotia alicuius gerere, h. e. actio funeraria nil aliud esse videtur quam negotiorum gestorum actionis contrariae species (D. 11, 7, 14, 11). Qui dum falso se heredem putaret alienum mortuum funeravit nequit summo iure actione funeraria uti: non enim hoc animo fecit quasi aliena negotia gerens; atque ita Proculo visum est. Sed benignior Ulpiani sententia est (D. 11, 7, 14, 11) actionem ex causa concedendam esse; quae et magis placet.

Item qui pietatis causa parentavit non videtur negotia aliena gerere voluisse. Quae tamen non ita sunt accipienda,

---

(1) Iuliani constitutio in Iustiniani codice non est recepta: fortasse, ut Mommseno probatur, huius constitutionis fragmentum est quod nunc legitur C. 9, 19, 5, quod tamen alia prorsus respicit: ibi enim de his qui sepulcra violant sermo est. [Cf. C. Th. 9, 17, 5; Bas. 60, 23, 15, Hb. V, 652].

ut nemini sumptus repetere liceat qui misericordia erga defunctum, qui insepultus iaceret, vel veteri amicitia motus sit; quis enim sine pietatis intentione cadaver alienum funerat? Ad omnem ergo ancipitem quaestionem vitandam fieri solebat, ut qui ad funus faciendum accederet simul testaretur quo animo id facere institueret. Cum tamen plerumque heredes, cum nondum cretionis dies venisset, veriti ne se in rebus hereditariis miscuisse ac pro herede gessisse viderentur, testarentur se id pietatis causa tantum facere, fiebat ut sumptus repetere nequirent etiam si postea, re accurate perpensa, hereditatem adire noluissent. Igitur formula quaedam excogitata est qua cum ipsi uterentur nec pro herede viderentur gerere nec funerariam actionem amissum irent: testabantur enim se id pietatis causa facere *ut et sumptus possent servare.* De his cf. Ulp., D. 11, 7, 14, 7 sqq.

Iuvat nunc actionem funerariam cum actione negotiorum gestorum contraria componere: ita enim regulae omnes, quae de illa in Digestorum libris leguntur, aptissime dilucidari mihi videntur.

I. Illi qui negotia gessit quae impendit praestanda sunt, *si vero utiliter gessit* (D. 3, 5, 2). Quare si, exempli gratia, in contumeliam defuncti hominis locupletioris modicus sumptus factus sit, non debet huius sumptus ratio haberi (D. 11, 7, 14, 10). Quin etiam procul dubio, defuncti heredi actio iniuriarum competit.

II. Si quis negotia aliena gerens plus quam oporteret impenderit, recuperaturum eum id tantum quod praestari debuerit ratio suadet (D. 3, 5, 25 [24]): item si is qui funeravit immodicos sumptus fecerit, id tantum recipit quod pro dignitate ac facultatibus defuncti erat solvendum (D. 11, 7, 14, 6); quinimo nec voluntas testatoris sequenda est, si iustam rationem egrediatur, ut Ulpiano (l. c.) placet.

III. Quod autem utiliter gestum est necesse est apud iudicem pro rato haberi (D. 3, 5, 8 [9]). Labeo vero funeraria actione qui gessit uti posse inquit, etiam si heres ratum habere nolit (D. 11, 7, 14, 16), quod et verum est.

IV. Demum argumentari licet pecuniae impensae usuras esse praestandas, cum id pro negotiorum gestore optineat (D. 3, 5, 19 [18], 3 [4]).

Ceterum sciendum est huic actioni tum locum esse cum nulla alia suppetat, itaque qui familiae erciscundae actione sumptus funeris repetere potest (a coheredibus nempe) non est cur actione funeraria experiatur. Haec Ulpianus, seu potius Labeo (D. 11, 7, 14, 12), quem ille est secutus. Sed heres nequit familiae erciscundae iudicio id consequi quod pro negotiis ante aditam hereditatem gestis impendit, nam ut familiae erciscundae agere quis possit non tantum heredem eum esse oportet, verum ex ea causa agere quam gessit quodque admisit posteaquam heres effectus sit (D. 10, 2, 49). Unde actio funeraria tum tantum deneganda est, cum heres post aditam hereditatem etiam pro coheredibus suis mortuum funeravit. Item cessat actio funeraria si quis mandati actione uti potest (D. 11, 7, 14, 15): sat enim ridiculum foret, mandato extante, negotiorum gestorum iudicio experiri.

Superest ut dispiciamus quis funeris impensas sustinere debeat et (quod ad idem sane redit) quis actione funeraria possit conveniri.

Si teneamus funeris impensas debitum esse hereditatis, facile patebit heredes vel bonorum possessores (ac revera pro partibus, quas singuli acceperunt) hoc potissimum praestare debere. Quod autem diximus pro rata parte quemque teneri sic est accipiendum, ut hereditas non deductis legatis nec pretiis manumissorum nec denique aere alieno computetur. Ne patronus quidem excipitur cum contra tabulas bonorum possessionem petat. Mulieres de dotibus etiam funerari oportet, sicut habet Ulpianus (D. 11, 7, 16); unde probatur eum qui morte mulieris dotem lucretur in funus conferre debere. Maritum ergo, si in matrimonio dotem solverit vel si dos nulla fuisset, conveniri non oportet. Si tamen heredes mulieris non extent, eiusque pater non solvendo sit (nam, ut natura ipsa docet, patrem de filiis ac filios de patre hoc potissimum curare decet), omnimodo tenetur maritus secundum quod potest, ne uxor insepulta relinquatur.

Iam vidimus haud raro accidisse ut quidam pietatis causa funeris impensas sustinuissent. Inscriptiones huius rei testes complures afferre liceret, ni res admodum trita videretur. Sufficiat ergo addere pro « pietatis causa » in titulis graece conscriptis legi solere: στοργῆς χάριν (CIGr. III, p. 984, n. 6557),

μνήμης χάριν (ib., p. 987, n. 6571), μνήμης τελευταίας χάριν (ib., p. 988, n. 6572), μνείας χάριν (ib., p. 985, n. 6562) (¹).

Saepius hoc a patronis erga libertos vel contra a libertis erga patronos fieri solebat.

Quod etiam e monumentis conspici potest: meminisse enim iuvat, quod iam satis explanavimus, monumenti sumptus inter funeris impensas esse recensendos.

CIL. I, n. 1024: liberti patrono suo L. Alfio monumentum de suo « faciundum coer(avere) ».

Ib. V, 1, n. 2176: « L. Ogius Patroclus — — hortos cum aedificio huic sepulturae iunctos civibus donavit ut ex reditu eor(um) largius rosae et escae patrono suo — — ponerentur ».

Ad rem faciunt tituli qui secuntur:

CIL. V, 1, n. 1424: « Tullius Orfeus posuit amico Dicyprio Conio collegae ».

Ib. VII, n. 1144: « C. Acilio Basso medic. duplic. collegae eius ».

Plerumque funeris impensas vel saltem monumenti sodales praestabant, qui in eodem collegio erant:

CIL. III, 1, n. 1504: « — — ad funus autem Zosimi et titulo contulerunt colleg. fabr. HS CCCC ».

Ib. III, 1, n. 3583: « — — ad quem *(sic)* sepulturam coll(egium) cent(onariorum) HS CCC contulit ».

Ib. V, 2, n. 5888: « [Dis Manibus L. Pulli Nata]lis de(curialis) col(legii) — —. L(ocus) d(atus) d(ecreto) c(ollegii) ».

Ib. V, 1, n. 4341: « M. Nonio M. f. — — coll(egium) dendroph(orum): quod eius industria immunitas collegi nostri sit confirmata — Patrono L(ocus) d(atus) d(ecreto) d(ecurionum) ».

Ib. V, 1, n. 4454: « L. Fil. Picatiae collegia cent(onariorum) et fabr(orum). L(ocus) d(atus) d(ecreto) d(ecurionum) ».

Ib. V, 1, n. 4391: « Coll(egium) fabr(orum) Sp. Atilio Ceriali qui rem suam coll(egio) reliquit ».

Ib. III, 1, n. 4222: « Memoriam pictoribus duobis *(sic)* pelegrinis — — fecerunt collegae ».

Quae cum apud omnia fere collegia usuveniant, atque plerisque inscriptionibus etiam hodierna die extantibus compro-

---

(¹) Latine brevius " pro pietate „: quod et ita " PP „ siglae modo scribi poterat ut saepius invenitur (CIL. III, 2, p. 1186). Cf. item CIL. III nn. 1903, 2535, 4569 cet.

bentur, non est sane necesse exempla glomerare. Sed illud praeterire nequimus etiam funeraticia collegia fuisse, quorum munus erat sodalibus funus parare, qui menstruam stipem conferre tenebantur. Quorum naturam perspectam habere plurimi nostra refert, quippe quae ad collegiorum ac sodaliciorum indolem quod ad ius attinet cognoscendam summopere conferant.

Exemplum omnium praestantissimum inscriptio perhibet, in qua collegii funeraticii Lanuvini statuta exponuntur [= CIL. XIV, n. 2112]: eam iam dilucidavit Th. Mommsenus pluribus abhinc annis (1). Ante omnia caput ex SC. de collegiis in lapide relatum est, quo permittitur iis qui stipem conferre velint ad defunctos funerandos collegium habere, dummodo non saepius quam semel in mense coeant. Secuntur ipsius collegii statuta. Qui in collegium ingredi vult, C sestertios solvere debet, itidemque in menses singulos binos sestertios (vel asses V, ut lapis ait) atque amphoram boni vini (vinum autem ad epulas parentales instruendas praestabatur). Si quis duobus mensibus continuis stipem non contulerit, eique quid humanitus contigerit, eius funeris ratio non habebitur, quamvis in testamento suo collegio aliquid reliquerit. Eius contra qui stipem suam prout statutum est semper contulit, cum vita decedat, funus a collegio suscipitur, atque ex arca sumuntur ad parentalia instruenda sestertii CCC numm. Quod si ultra milliarium XX a municipio Lanuvino decesserit, et nuntiatum fuerit, eo exire debent tres viri e corpore electi qui eius funeris curam agant. Hi rationem reddere *populo* (2) tenentur, sin autem quid fraudis inveniatur, multa eis quadruplum esto. Iis autem qui electi sunt cum sportulae dantur, tum viatici nomine HS XX. Item placuit quisquis ex quacumque causa mortem sibi adsciverit, eius ratio funeris non haberi.

Collegium funeraticium est id pariter quod Aesculapii et Hygiae vocatur (cf. titulum apud Orell. n. 2417 [= CIL. VI, 2, n. 10234]). Adde collegium funeraticium Alburnense, quod nobis

---

(1) In opella quae inscribitur: *De collegiis ac sodaliciis Romanorum*, p. 98 sq. [cfr. Th. Mommsen, *Zeitschr. f. gesch. Rechtswiss*, 15, 1850, p. 357 sg. = *Gesamm. Schr.*, III, p. 115 sg.].

(2) De populo collegiorum cf. Pernice, *Labeo*, 1, p. 291.

ex inscriptione notum est, quam post alios edidit Brunsius [1]. Cuius collegii historiam, quae e lapide liquet, commemorare liceat, tum animi causa, tum quia ad iuris notionem haud parum pertinet. Magister nempe, qui etiam quinquennalis audit [2], cum duobus quaestoribus publice testatur collegium solutum iri, cum e viris LIIII modo XVII qui stipem conferrent remanserint, nec commagister Iulius ex die magisterii sui unquam apparuerit: « seque idcirco per hunc libellum publice testantur, ut si quis defunctus fuerit ne putet se collegium habere aut ab eis aliquem petitionem funeris habiturum ». Tale erat et collegium Sylvani, quod Philippis erat (CIL. III, 1, n. 633). Praeest sacerdos qui item aedilis est: inter collegas servi plerique sunt, mortuo sodale denarios singulos dare oportet. In lapide etiam liberalitas Alfeni Aspasii sodalis ac sacerdotis commemoratur, qui vivus denarium mortis suae causa remisit [3].

Haec omnia collegia tenuiorum fuisse mihi persuasum est, cum etiam servi recipiantur, qui in ceteris recipi nequibant (D. 47, 22, 3, 2): collegii curatores cavere oportebat ne servi invito aut ignorante domino reciperentur, ne in poenam aureorum C in singulos homines constitutam incurrerent. Statutis collegii Lanuvini cautum erat, ut, si domini dominaeve iniquitate corpus servi sodalis sepultura datum non fuisset, eius tamen collegii impensis funus imaginarium fieret.

Qui honestiores erant neque eiusmodi collegiis nomen suum dare aut poterant aut volebant, solebant plerumque summam quandam pecuniae, vel rem quae fructus afferret, collegio cuidam testamento relinquere ut funus sibi fieret, atque ut ex usuris vel fructibus quotannis eorum mortis anniversaria dies rosis et epulis concelebreretur. Cuius rei in inscriptionum latinarum collectionibus testimonia abunde invenienda sunt: en breve quoddam specimen, exemplis enim omnia efficaciter et commode illustrantur.

CIL. V, 2, n. 6363: « D. M. V. F. L. Cassius Epithymetus VI vir sibi et L. Cassio Ocyti Patrono Optimo, qui collegio fa-

---

[1] In libro *Fontes iuris Rom.*[4], p. 250 [*Fontes*, I[7]. p. 393 n. 177 = CIL. III, 2, n. 924].

[2] Pauly, *Real-Enc. d. cl. Alt.*, VI, p. 1260.

[3] Adde Tertull., *Apolog.*, 39, et quae disputavit Voigtius (Bursian's *Berichte*, 19, 1881, p. 628 sq.).

br(orum) laud(ensium) in utrumq(ue) florem perpetuo sibi deducend(um) HS Co. testamento legavit ».

Ib. V, 1, n. 2072: « D. M. L. Veturio Nepoti, qui, ut exequium sibi facerent, donavit Ciarne(nsibus?) HS n(ummos) MDC, item Hercl(anensibus) HS n(ummos) CCCC, mulieribus HS n(ummos) CCCC, ut facerent Ciar(nenses?) natalia, — — Her(clanenses) parentalia, mul(ieres) rosas».

Ib. V, 1, n. 4489: « Valeriae Visae — — — quae coll(egio) fabroru(m) agell(um) Aeseianum suum mancipavit se viva — ita ut ex reditu eiusde(m) agelli q(uot) annis Silie coniugi suo — — diebus parentaliorum et rosalior(um) in sing(ulos) ex HS XXV profusiones in perpetu(um) fierent. Item quae et coll(egio) farmac(opolarum) publicor(um) agellum suum mancipavit se viva ut ex reditu eiusde(m) agelli q. a. Silie coniugi suo — — diebus parentaliorum et rosaliorum in sing. ex HS XXV in perpet. fieret ».

Ib. III, 1, n. 3893: « L. Casernio Primitivo — — decuriali coll. fabr. — — leg. ex testament. eorum dec(uriis) IIII coll(egii) fabr(orum) uti rosas Carnar(ias) ducant HS CC ».

Quae omnia nequeunt divi Marci temporibus vetustiora esse, qui princeps collegiis legata capere concessit (D. 34, 5, 20 [21]. 32, 93, 4). Munus illud funebre quod legato vel donationi adiectum est nil aliud mihi esse videtur quam modus quem vocant. Constat enim modum legem esse quae legato, donationi ceterisque, quae liberalitatis causa fiant, adicitur ut aliquid fiat illius opera qui accepit. Quod loco insigni sane confirmatum videtur D. 35, 1, 17, 4: « quod si cui in hoc legatum sit, ut ex eo aliquid faceret, veluti monumentum testatori vel opus aut epulum municipibus faceret — — sub modo legatum videtur ».

Quod si donatarius legem haud impleverit, donator vel heres eius quae donata sunt petere potest (C. 4, 6, 3) nempe per condictionem quae dicitur « causa non secuta » (C. 4, 6, 6; 8). Sin autem legatarius modum legati adimplere neglexerit, heredi condictio competit.

Interdum demum testator, cum vel singulae personae vel collegio alicui mandaret, ut sibi funus faceret vel monumentum poneret, aliquem nominabat ex cuius arbitratu res fieret.

CIL. I, n. 1199: « L. Papius — — Pollio — — — ex testamento *arbitratu L. Novercinii — — Pollionis* » (Pollio haec

tria fecit in honorem patris: mulsum et crustum, munus gladiatorium, monumentum).

Ib. I, n. 1228: « Tullio C. f. Macro duovir(o) quinq(uennali) ex testamento [a]*rbitratu Ofilliai C. f.* [R]ufai uxoris ».

Arbitratus autem et in aliis negotiis frequentissimus erat (D. 18, 1, 7 pr. cet.) sed et in iure publico haud infrequens sane occurrit. Cf. de arbitratu aedilium (vel duumvirum in municipiis) leg. Iul. munic. lin. 33, 54; leg. Puteolan. I 8, III 6, III 7; leg. agr. lin. 73, 74-84; sentent. inter Genuates et Viturios lin. 24 sq. Huc pertinent quodammodo etiam ea quae de receptis arbitriis (nempe ad litem diiudicandam) D. 4, 8 et C. 2, 55 leguntur, ex quibus quaedam regulae elici possunt quae etiam ad arbitrum testamento electum pertineant:

I. Nemo cogitur arbitrium suscipere, sin autem semel quis susceperit nequit sine causa arbitrium relinquere; quin et a praetore cogendus est officio quod suscepit perfungi (arg. D. 4, 8, 3, 1). Et filiusfamilias potest arbitrio fungi, atque quod coepit nequit relinquere [1].

II. Aetas valetudo occupatio negotiorum suorum profectio urgens munus aliquod reipublicae inimicitia capitalis excusant ab arbitratu (arg. D. 4, 8, 15).

III. Non debetur arbitro obtemperare si quid inhonesti iubeat (arg. D. 4, 8, 21, 7) [2]: ut ecce si iubeat locupleti homini monumentum vilissimum fieri.

Sed iam diu in funerum iure exponendo morati sumus: expedit ad partem commentationis nostrae postremam pergere, quam difficillimam esse sentimus. Cum enim de natura ac iure religiosorum, de modis quibus res religiosae fiant, de inlatione mortuorum ac de funeribus fusius locuti simus, ratio nunc rei postulat ut de usu ac tutela sepulcrorum dispiciamus.

---

[1] Si arbiter non paruerit poterit et multa compelli (D. 4, 8, 32, 12).

[2] Si qui designatus est arbitrium suscipere noluerit seu etiam nequiverit, heres vel legatarius multam praestare non tenetur, nec quod ei est relictum amittere; omnimodo tamen quod testator praecepit facere debet (cf. D. 35, 1, 6 pr.). Si heres, qui alicuius arbitratu certa summa monumentum facere iussus esset, pecuniam arbitro dederit isque accepta pecunia monumentum non fecerit, condictione tenetur, ut Iuliano placet (D. 12, 4, 11).

Caput III.

De iis quibus sepulcri ius competit. De sepulcrorum tutela. De crimine sepulcri violati.

Prorsus liberum est ei, qui sepulcrum condit, cui velit sepulcrorum ius concedere, idque variis modis fit. Nam ius sepulcri potest testamento legari (non autem sepulcrum ipsum, C. 6, 37, 14), vel titulo ipso alicui tribui, quin et vendi possit nullus dubito. Nam ius sepulcrorum religiosum non esse omnibus liquet, quare et extra commercium non est. Nos oportet potissimum inscriptiones sequi, ut perspicue discere possimus quomodo res se habuerint.

I. Testator vel sepulcri conditor sibi tantum ius sepulcri reservabat, ut et heredem excluderet.

CIL. I, n. 1269: « — — hered(em) non seq(uetur) » ; item CIL. I, n. 1090: « — — hoc sepulcrum heredem non sequetur ».

II. Sepulcrum quibusdam tantum personis nominatim reservatur, ceteri — inter quos et heredes — arcentur.

CIL. III, 2, n. 6077: « D. M. Ancyliae Lamyra coniugi carissimae Apollonius — — hoc monumentum cum sarcophago fecit et sibi et suis — —. H(oc) m(onumentum) h(eredem) n(on) s(equetur) ».

Ib. V, 1, n. 4017: « — — Maximinus et Tertius parentib(us) b(ene) m(erentibus) — — (hoc) m(on.) h(er.) n(on) s(eq.) ».

Formula qua heres a sepulcri iure arcebatur ita frequens occurrebat ut taederet eam plene scribere, atque variis modis singulis tantum litteris pro singulis vocabulis exprimeretur [1]. Nos siglas frequentiores hic referemus:

H. M. H. N. S. = hoc monum. hered. non sequetur (cf. CIL. V, 1, nn. 72, 219, 4017; V, 2, n. 7670).

H. L. ET M. H. N. S. = hic locus et monum. hered. non sequetur (CIL. V, 1, nn. 2681, 2923).

H. M. ET L. H. N. S. = hoc mon. et locus cet. (CIL. V, 1, n. 290).

---

(1) Hac de re confer CIL. V, 2, p. 1202.

H. L. S. H. N. S. = hic locus sepulturae hered. cet. (CIL. V, 1, nn. 2523, 2944).

LO. SE. H. N. S. = locus sepulturae her. cet. (CIL. V, 1, n. 2465).

MON. H. H. M. N. S. = monumentum hoc heredem meum n. s. (CIL. V, 1, n. 2576).

Patet ergo, ni heres nominatim arceretur, ius sepulcri habuisse, nam ius sepulcri extra commercium non erat, ut iam didicimus, sed apud testatorem erat atque eius morte ad heredes rite transmittebatur. Quae et de bonorum possessore dicenda sunt et de eo, cui libertatum conservandarum causa bona addicuntur (cf. Ulp. D. 40, 5, 4, 21).

III. Inter omnia praecipuum locum optinent sepulcra familiaria atque hereditaria. Gaius ea sic definiit: « Familiaria sepulcra dicuntur, quae quis sibi familiaeque suae constituit, hereditaria autem, quae quis sibi heredibusque suis constituit » (D. 11, 7, 5): bene quidem et eleganter ut solet, non ita tamen ut iis, qui in pulvere iuridico rudiores sint, quandam non pariat obscuritatem, si et alios Digestorum ac Codicis locos componere velint. Memoriter teneamus heredes ipso iure in sepulcrum defuncti inferri posse, ni ab ipso nominatim prohibeantur. Hinc liquet eos et in familiaribus sepulcris sepeliri posse, quamvis nullo necessitudinis vinculo adstringantur, contra neminem ex familia testatoris in hereditarium sepulcrum inferri posse, nisi et ipse heres sit. Haec docet lex quae legitur in C. 3, 44, 13: « Ius sepulcri tam familiaris quam hereditarii ad *extraneos etiam heredes*, familiaris autem ad familiam etiam si nullus ex ea heres sit, non etiam ad alium quemquam qui non heres est pertinere potest ». Liberi quoque ius paterni sepulcri habent, nec refert an forte exheredentur, nisi testator specialiter vetuerit (D. 11, 7, 6). Ius enim sepulcrorum optime Papinianus cum iure libertorum comparavit (D. 37, 10, 11): filius autem exheredatus in bona libertorum patris sui succedit, ni forte latini Iuniani fuerint (cf. Gai. 3, 64).

Exempla, quae in lapidibus legere est, ita abundant, ut non operae pretium esse ducamus aliqua adducere. Illud tantum commemorare par est saepius nobis in titulis occurrere haec verba *ne de nomine meo exeat* vel *sibi et suis* cet.

Sepulcrorum quae familiaria audiunt duo esse potissimum genera distinguenda titulorum studium suadet, nam vel ad

uxorem tantum et liberos pertinebant vel ad totam familiam et gentem. Hoc genus videtur fuisse antiquissimum, cum apud Tullium legamus olim « extra sacra et gentem » quemquam inferri nefas fuisse, « et sic Torquatum in gente Popillia iudicasse » (*de leg.* 2, 22, 55). Id moris apud omnes fere gentes invaluit. Cf. quae apud Mosen legenda sunt de sepulcro quod Abraham a filiis Kheth (h. e. a Khitheis) emit pro se posterisque suis « in possessionem sepulturae » « אחזת-קבר » (Mos. 1, 23, 20): ibi et nepotes et pronepotes eius rite humati sunt (Mos. 1, 49, 31; 50, 12 sq.). Apud Herodotum patria Aegyptiorum sepulcra commemorantur πατρώϊος τάφος (II 136), πατρώϊαι τάφαι (II 169), item Scytharum τάφοι πατρώϊοι (IV 127) (1). Sepulcra familiaria seu gentilicia apud Graecos maxime in usu erant, uti omnibus prorsus constat. Id tantum huc referre liceat magnam ortam esse de Thucydidis morte dissensionem eo quod cum Scaptosylae eum mortuum esse complura docerent testimonia, eius sepulcrum inter ea gentis eius videre erat, quod et Marcellinus in eius vita (§ 32) scripsit.

IV. Saepissime una cum familia et heredibus liberti commemorantur, CIL. I n. 1077: « [nolo in monumentu]m inferan[tur nisi lib. et fami]lia e[t qui he]redes erunt »; immo et interdum, cum familia ad ius sepulcrum non arcessitur, liberti vocantur: Or. 4388 [CIL. VI, 3, n. 21096]: « D(is) M(anibus) A. Larcius Adiutor fecit monumentum sibi et suis libertis libertabusque posterisque eorum ». Qua de re constitutionem divi Alexandri legere iuvat (C. 3, 44, 6): « Monumentorum inscriptiones neque sepulcrorum iura neque dominium loci puri (eius scilicet qui sepulcro additus est) ad libertos transferunt ». Quam sententiam et Papiniani fuisse Ulpianus ad edictum auctor est: « liberti autem nec sepeliri nec alios inferre poterunt, nisi heredes extiterint patrono, quamvis quidam inscripserint 'monumentum sibi libertisque suis fecisse': et ita Papinianus respondit et saepissime idem constitutum est » (D. 11, 7, 6 pr.). Sed, quamvis de hoc Ulpianus prorsus conticescat, illud etiam procul dubio mihi videtur ius sepulcrorum ad libertos pertinuisse cum testator id eis nominatim legasset. Quod tum e rei ipsius natura (cur enim testator prohibebitur

---

(1) Cf. Herodoteum indicem in editione quam curavit DIETSCH, II, p. 366.

ius quod ipse habeat alicui testamento concedere ?) tum ex ingenti similium inscriptionum copia plane elici posse mihi videtur; nam cum credibile prorsus non sit tot libertos etiam heredes fuisse constitutos (praesertim cum heredes separatim nominentur) neque omnes hasce inscriptiones omni vi fuisse destitutas, accipi sane potest maximam horum titulorum partem legato etiam fuisse confirmatam. Sed divus Alexander in lege superius laudata (C. 3, 44, 6) ait etiam praescriptione libertos, quibus inscriptione tantum ius sepulcri concessum fuisset, id consequi potuisse (1). Hoc dignum est quod animadvertatur: alibi enim legitur longa possessione ius sepulcrorum adquiri non posse (D. 11, 8, 4) (2).

Denique testator in inscriptione quibusdam pro libito hoc ius concedebat. En pauca exempla: CIGr. II, p. 757, n. 3276; Or. 4382 [= CIL. VI, 2 n. 10562]. Mirum est quod in inscriptione reperitur quae apud Or. 4355 [= CIL. VI, 2, n. 12389] legitur: « in hoc monumento sive sepulc(ro) corp(us) per(missu) aed(ilium) inferre licebit ».

---

(1) [Cf. Ferrini, *Pandette*, p. 261 n. 2].

(2) Interdum omnibus libertis ius adtribuebatur, Or. 4085 [= CIL. VI, 2, n. 9404]: " sibi et — — uxori et libertis libertabus posterisque eorum omnibus "; Or. 4388 [= CIL. VI, 3 n. 21096]: " A. Larcius — — fecit monumentum sibi et suis libertis libertabusque posterisque eorum "; CIL. I n. 1059: " C. L. Pamphilus medicus — — sibi et Nelpiae uxori et liberteis et libertabus omnibus postereisque eorum "; CIGr. III, p. 985, n. 6561: Κλαυδία Μαριανὴ ζῶσα τὸ μνημεῖον κατεσκεύασεν ἑαυτῇ καὶ τῷ γλυκυτάτῳ ἀνδρὶ Αὐρηλίῳ — — καὶ τοῖς ἀπελευθέροις καὶ τοῖς ἐξ αὐτῶν ἐσομένοις. Ib. II, p. 789, n. 3385: Οὔλπιος Ἰούλιος — — κατεσκεύασα αὐτῷ καὶ τῇ γυναικί μου Τύχῃ καὶ τέκνοις καὶ ἐγγόνοις καὶ θρέμμασί μου καὶ ἀπελευθέροις. Interdum libertabus tantum, Or. 4393 [= CIL. VI, 4 n. 27593]: " sibi — — libertabusque suis "; aliquando demum quibusdam tantum, ut in monumento Atilii Serrani, CIL. I, n. 1097: " ex testamento in hoc monumento neminem inferri neque condi licet *nisi eos libertos quibus hoc testamento dedi tribuique* "; CIGr. III, p. 987, n. 6570: — — κατεσκεύασα ἐμαυτῷ καὶ τῇ ἀπελευθέρᾳ μου Ἀγαλματίῳ κτλ.

Prorsus singulare est quod legitur CIGr. III, p. 985, n. 6562: ἐπόησε ἑαυτῷ καὶ ἀπελευθέρων ἀπελευθέροις.

Negari non potest in sepulcris familiaribus ἀναλογία fideicommissorum familiae relictorum. Cf. Leist, *Bonorum possessio*, p. 15 sq.; Luebbert, *Commentationes pontificales*, p. 69. Errore credo Luebbertum in tota hac commentatione deceptum, qui sibi persuasit eum demum manibus iusta persolvere semper debuisse, qui ius sepulcri habuisset.

Iam satis nobis de iis, quibus ius sepulcri competit, fuit sermo. Nunc videamus qui tutelam habeat monumenti; proprietatem enim habere nemini conceditur. Plerumque ad heredes tutelam pertinuisse ratio ipsa et quae iam didicimus suadent; poterat tamen testator quem vellet rogare ut sui monumenti tutelam susciperet: saepius haec tutela collegio cuidam tribuebatur, ut iam vidimus parentalium quoque curam collegiis tribui solere.

CIGr. III, p. 998, n. 6624: τούτου τοῦ μνημείου καὶ τῶν κατεπικειμένων σωρῶν κήδεται Γναῖος Ὀκταούϊος Βασσιανὸς κληρονόμος Ὀκταουΐας Ὑγείας.

Ib. II, p. 760, n. 3282: τούτου τοῦ ἡρῴου — — κήδονται οἷς καὶ διαφέρουσι κατὰ γένος.

CIL. III, 2, n. 6077: « — — hoc monumentum cum sarcophago fecit sibi et suis. *Quorum curam agunt* collegia libert(orum) et servorum domini n. Aug. i(nfra) s(cripta): Magnum et Minervium Tabulariorum et Faustinianum Commentaresium, et decurionum et tabellariorum cet. ». Hoc monumentum quidam Apollonius sibi constituit. Cf. CIL. V, 1, n. 4016 cet.

Sed omnia quae hactenus exposuimus, quae Romani ad manium iura tuenda constituerunt, nullomodo id, quo tendebant, consequi potuissent nisi quae contra fierent gravius coercuissent. Superest itaque ut de iis, quibus monumenta violantur, ac de eorum coercitione dispiciamus.

Sepulcri violatio plerisque modis admitti potest, quorum praecipuos hic subiciemus [1].

I. Sepulcrum violat qui corpus effodit atque eicit. Si qua iusta causa sit mortui transferendi, permissus est a principe vel a collegio pontificum impetrandus. Hoc, exempli gratia, a divo Antonino Dionysiae concessum est, cum vi fluminis eius filii reliquiae contingerentur (C. 3, 44, 1). Locus, a quo mortuus rite effodiebatur, purus esse incipiebat. Quae et sub christianis imperatoribus optinuere, atque inest in Codice Valentiniani Theodosii et Arcadii constitutio, qua cavetur ut nemo corpus humatum alio transferre audeat « sine Augusti adfatibus » (C. 3, 44, 14). Exemplum item dignum quod afferatur extat apud

---

[1] [Cf. FERRINI, *Esposiz. stor. e dottr. del dir. penale rom.*, in PESSINA, *Enciclop. del dir. pen. it.*, I, 1902, p. 332 sq.].

Grut. 794 [= CIL. VI, 1 n. 1884]: « — abscessit Selinunte — — reliquiae traiectae eius III nonas Febr. ex permissu collegi pontific(um) piaculo facto cet. » [1].

II. Sepulcrum violare intellegitur qui id aperiat vel mortuum contingat. Si quis monumentum imperfectum perficere vel corruens reficere vult, pontificum arbitratu agendum est ut, salva religione, sine piaculo res ad exitum perducatur (D. 11, 8, 5 pr., 1). Quid autem sibi velit condicio illa « salva religione » e loco Marciani (D. 47, 12, 7) intellegere possumus, qui ait: « lapsum monumentum corporibus non contactis licet reficere ». In Inscr. Neapolitanis, quas Mommsenus edidit una extat (n. 1537 [= CIL. IX, n. 1729]), ex qua qui vas disomum sibi et uxori poneret, cum haec iam esset condita, permissum pontificum impetrat ut vas perficiatur. Item apud Or. 4406 [= CIL. VI, 1, n. 2963] haec legitur: « — — petit a pontif. ut sibi permitterent reficere n(ostrum ? *vel* novum ?) monumentum iuris sui ».

III. Item qui lapides a sepulcro aufert vel vestes, coronas ceteraque quae cum mortuo sunt condita, quas res religiosas esse iam supra demonstrare conati sumus.

IV. Qui mortuum in sepulcrum infert quo ei ius non est.

V. Qui in sepulcro habitat vel iuxta sepulcrum.

VI. Qui stillicidium in sepulcrum immittit, vel aliquid in id proiectat.

VII. Qui sepulcrum vendit vel alio modo ut rem quae in commercio sit alienat.

VIII. Qui statuas deicit, inscriptiones ita laedit ut legi nequeant, et qui cetera id genus admittat.

Quae omnia vel e Digestorum libris, vel e Pauli Sententiis vel ex inscriptionibus colligere studuimus. In eos qui

---

[1] Dignum quod legatur est pontificum decretum, quod nuper MOMMSENUS (*Suppl. Bruns*, p. 6 [= CIL. X n. 8259; BRUNS, *Fontes*, I[7], p. 386]) edidit: " [D(is)] m(anibus) [s(acrum). C]ollegi[u]m pon[tif]icum d[e]crevit: Si ea ita sunt quae libelo [c]ontenentur placere per[mitte ?]re puela[m d(e)] q(ua) agatu[r s]acelo [eximere et i]ter[um ex] pra[escr]ipto [d]eponere et scripturam tituli at pristinam formam restituere, piaculo prius dato operis faciendi ove atra ". Cf. DE LA BLANCHÈRE, *Revue arch.*, 40, 1880, p. 362 BURSIAN'S *Berichte*, 28, 1883, p. 52.

ita delinquerent praetor dederat actionem; ex inlata iniuria summa aestimabatur quae solvenda erat « quanti ob eam rem aequum videretur » (D. 47, 12, 3 pr.). Is agebat cuius maximi intererat, puta heredem, vel cui sepulcri tutela mandata fuisset cet. Animadvertendum est per procuratorem actione de violato sepulcro eum, ad quem ea res pertinet, experiri posse, licet in popularibus actionibus procurator non detur (cf. D. 3, 3, 42 pr.).

Is autem si agere neglegeret, poterat quisque e populo in factum agere; qui sepulcrum violavisset centum aureos (et si in sepulcro habitasset ducentos aureos) solvere debebat, ita ut plane actio popularis esset (D. 47, 12, 3 pr.) (1). Praetor ait *cuius dolo malo sepulcrum violatum esse dicetur*, quae verba ostendunt eum demum plecti qui dolo malo violavit, ita ut doli non capaces et qui non animo violandi accedant excusentur (2).

---

(1) Cf. BINDING, *Grundriss zur Vorl. üb. gem. d. Strafr.*, p. 9. Id non est adsecutus PLATNERUS (*Quaestiones*, p. 109 sq.) et qui eius vestigia pressit WAECHTERUS (*Beilagen*, p. 59).

(2) Iam quaedam municipales leges (de legibus municipalibus quae de sepulcrorum iure passim constitutae fuerunt cf. D. 47, 12, 3, 5) videntur, libera republica adhuc manente, poenas, potissimum pecuniarias, in sepulcrorum violatores decrevisse. In CIL. I n. 1409 [= XI, 2, m 4632; BRUNS, *Fontes*, I7, p. 157] longa quaedam inscriptio inest, quae *Lex Tudertina* vocatur, et quae temporum iniuria adeo pessumdata est totque lacunis scatet, ut mihi Danaidum cribrum non iuris tabulam spectare videar. Quaedam tamen quae Mommseni praesertim curis probabiliter sanata sunt (quaeque mire in dubium revocavit vir ceterum in primis audax Ph. HUSCHKIUS, *Die Multa u. d. Sacram.*, p. 277) hic subiciam: " [Quae quem ex hac rogatione agere facere opor]tet, agito facito, neve quid adversus hanc rog[ationem agito facito s(ciens) d(olo) m(alo). Si quis quid adversus hanc rogationem egerit feceri]t sciens d(olo) m(alo), ei multa esto HS | X̄ | *(i. e. decies)* eiusque pecuni[ae qui volet magistratus petitio esto — — eamque pecuniam vel] populi iudicio petere vel in sacrum iudicare licet[o] „.

De in sacrum iudicando prolixe atque erudite de more suo egit HUSCHKIUS, *Multa u. Sacr.*, pp. 353-502, cui tamen nolim ubique facile credas, utpote qui saepius ingenio suo indulgere videatur.

Actionem furti non esse concessam in eos, qui aliquid e sepulcris abstulerint, vix esset quod monerem, sed eo permotus sum quod LUDENUS in dissertatione quae inscribitur *De furti notione secundum ius romanum*, p. 39 sq., huiusce rei rationem minime est adsecutus. Huiusmodi complura in illa commentatione, quae a plerisque immerito valde laudatur, legenti

Item interdicto « quod vi aut clam » in eos agi poterat, qui monumentum eiusve ornamenta dolo malo diruissent (D. 47, 12, 2). Hoc interdictum Labeo inquit et in eum competere qui terram in alieno sepulcro congesserit (D. 43, 24, 15, 2), Venuleius etiam in eum qui stillicidium vel proiectum in sepulcrum immiserit, quia « sepulcri sit non solum is locus qui recipiat humationem sed omne etiam supra id caelum » (D. 43, 24, 22, 4). Licet et cum eo qui alii mandaverit experiri, et, si plures facinus admiserint, in singulos agi potest, opus enim quod a pluribus pro indiviso factum est singulos obligat in solidum: itaque alter conventus alterum non liberat, quinimo perceptio ab altero (D. 43, 24, 15, 2). Hoc interdictum annuum est; annus cedere incipit ex quo id facinus perfectum est aut fieri desiit: in heredes et successores interdictum competit in id, quod ad eos pervenerit, nam restitutorium est (D. 43, 24, 1, 1, cf. eod. 15, 3-5). Lex Aquilia locum habere nequit, cum de rebus agatur quae extra commercium sint (D. 47, 12, 2), lex autem Aquilia de « *ero* » loquatur (D. 9, 2, 27, 5, cf. eod. 11, 6). In quibusdam gravioribus casibus ex lege Iulia de vi, publica seu privata, agi poterat [1]. Cum autem scelestorum hominum nequitia, iis omnibus poenis nullomodo perterrita, sepulcra spoliare ac violare nunquam destitisset, principalibus mandatis cautum est ut in huiusmodi sontes gravius animadverteretur. Ex Pauli libris sententiarum elicitur eos qui de sepulcro aliquid sustulissent pro personarum qualitate aut in metallos datos vel in insulam deportatos esse (1, 21, 5). Idem auctor est qui corpora extraxisset ossave eruisset, si humilior, capite damnatum, si honestior esset, deportatum fuisse (*Sent.* 5, 19, 2; D. 47, 12, 11). Constantius A. omnes iam in hoc scelus constitutas poenas confirmans illud etiam addidit, ut decem pondo auri

---

occurrunt. Longe melius Bachemus in commentatione, quam nuper edidit *Der Unterschied zwischen dem Furtum des r. Rs. u. dem Diebstahl des d. S. G. B.*, p. 41). Verum enimvero ius sepulcri satis non adsequor cur hoc loco nominaverit, sed probabilius eius vim auctor, ceterum doctus, non plane perspectam habuisse videtur.

De sepulcri violatione commodissime, ut assolet, egit Rein, *Criminalr. der Römer*, p. 897 sq., qui tamen perpauca ac maxime necessaria tantum attulit.

[1] Cf. praes. Rein, *Criminalrecht der Römer*, pp. 749, 899 sq.

a sonte in fiscum conferri deberent (C. 9, 19, 4, 1). Imperator Iulianus poenis sacrilegorum hoc crimen cohibendum esse decrevit (C. 9, 19, 5); iam enim dudum sententia optinuerat sacrilegio prorsus adfine hoc delictum esse. Res enim religiosae, quamvis publica auctoritate non fuissent consecratae (tantum enim in eos qui has violassent poena sacrilegii ex lege Iulia de peculatu erat constituta: Paul. *Sent.* 5, 19, 1; D. 48, 13, 1; 4, 1; 6 [5]; 11 [9], 1), tamen deorum manium sub tutela erant. Poena autem sacrilegii omnium fere fuisse gravissimam Ulpianus auctor est (D. 48, 13, 7 [6]).

Haud raro fiebat ut sepulcri conditor in inscriptione multam quandam in violaturos comminaretur. Harum inscriptionum seges ita copiosa est, ut prorsus miremur de re adeo vulgata quae ad nos pervenere veteres leges omnino conticescere. Sed non ideo nobis concessum est nulla hac de re verba facere, quin potius conari debemus, ut complures difficultates, quae in ea explicanda nobis sese offerunt, pro viribus superemus.

Hanc multam in violatores omnes (non ergo illos tantum qui ex familia defuncti sint, vel qui testamenti causa aliquid ceperint) tituli minantur:

Or. 4423 [= CIL. VI, 4, n. 26488]: « — — Huic monimento manus qui intulerit dabit sestertios XX ».

Or. 4424 [= CIL. VI, 4, n. 27971]: « — — si quis titulum meum violaverit cet. ».

Or. 7338 [= CIL. XIV, n. 1153]: « quisquis hunc titulum — — deasciaverit aut violaverit cet. ».

CIGr. III, p. 902, n. 6250: — — Ὁ κεινήσας τὸν βωμὸν ἢ ἄλλο [τι] ἐκ τοῦ τάφου ἀποδώσει κτλ.

Interdum tamen heredes tantum nominantur:

CIGr. III, p. 943, n. 6324c: — — [κελεύω τοὺς κληρονόμους μὴ ἀσεβεῖν περὶ τὸ μνῆμα· ἀσεβοῦσι] δὲ εἰ ἀλλότριον πέμπωσιν.

Ib. II, p. 788, n. 3384 (cf. II, p. 757, n. 3276): — — ἔχοντες καὶ αὐτοὶ (liberti et heredes) δίκαιον τοῦ ταφῆναι ἐν τῷ μνήματι χωρὶς τοῦ ἐπεισενεγκεῖν — — ἕτερον νέκρον —. εἰ δὲ μὴ — ἀποδώσουσι κτλ.

Multa in eos infligenda est modo qui alienos mortuos inferant, modo qui monumentum quomodocumque offendant, modo qui id ut rem humani iuris vendant etc. Haec multa

autem vel fisco est solvenda, vel pontificum aut vestalium collegio, vel templo cuidam, quod maxime in honore sit, vel civitati in cuius finibus sepulcrum est. In inscriptionibus graecis, quae tamen ius romanum sunt secutae (1), illae potissimum quae Smyrnae inventae sunt ad rem nostram faciunt: ex his multa praesertim *Matri deorum Sipylenae* solvenda est. Prope memini apud Ulpianum legisse (*reg.* 22, 6) hanc deam inter eos deos esse, quos ex sen. cons. atque principalibus constitutionibus instituere liceat.

a) In fiscum:

CIL. III, 1, n. 1986: « — — si quis hoc sepulcrum tentaverit aperire debebit fisco HS $\overline{\text{L}}$ ».

Ib. VII, p. 72, n. 292: « — — si q[uis in hoc] sepulc(rum) alium mort[uum intul]erit infer(et) f(isco) d(ominorum) n(ostrorum) [HS n(ummum) — —] ».

CIGr. III, p. 988, n. 6572: — εἰ δέ τις ἐκβάλῃ τὴν Μυρτάλην δώσει τῷ φίσκῳ δηνάρια βφ'.

Callistratus inter causas e quibus fisco adquiritur recenset « *poenam fisco* ex contractu privato » (D. 49, 14, 1 pr.), non item testamenti ac sepulcrorum poenas. Ni fallor, Callistratus in libro suo quem de iure fisci conscripsit eas recensuerat, sed Tribonianus omisit, quippe quae iam obsoletae viderentur (2).

b) In collegia pontificum vel vestalium:

Or. 7339 [= CIL. VI, 2, n. 5175]: « — — locum hui *(sic)* si qui *(sic)* manus intulerit, virginebus Vestalibus solvet poena *(sic)* HS n. v. $\overline{\text{XX}}$ [= V m(ilia) ?] ».

Grut. 861, 13 [= CIL. VI, 2, n. 13618]: « — — hoc monumentum si quis vendere vel donare voluerit inferet virginib(us) Vestalibus HS $\overline{\text{XX}}$ n. aut aerario populi romani cet. ».

---

(1) Cf. Huschke, *Die Multa u. das Sacramentum*, cap. IV.

(2) Interdum etiam in aerarium multae constituebantur.

Or. 7338 [= CIL. XIV, n. 1153]: " quisquis hunc titulum — — deasciaverit aut violaverit vendiderit HS CC milia n. aerario populi Romani damnas esto dare ".

Or. 2691 [= CIL. VI, 2, n. 7788]: " — — et si quis huic monimento post me aliquam controversiam facere voluerit aut de nomine auferre, inferet aerario p(opuli) r(omani) HS V m. n. ".

Or. 5048 [= CIL. VI, 3, n. 22915]; Inscr. Neap., n. 6916 [= CIL. VI, 2, n. 10848].

Or. 4427 [= CIL. VI, 2, n. 13152]: « — — si quis hoc sepulchrum vel monimentum — — — vendere vel donare voluerit vel corpus alienum invehere vellit dabit poenae nomine ark(ae) Pontif(icum) HS $\overline{C}$ n. *et ei cui donatum vel venditum fuerit* eadem poena tenebitur ».

Grut. 765, 5 [= CIL. VI, 2, n. 13785]: « — — qui exterum corpus inducere voluerit poenae nomine inferet arcae Pontificum HS L M. n. ».

c) In templum:

CIGr. II, p. 789, n. 3385: — — εἰ δέ τις τολμήσει τι τοιοῦτο ποιῆσαι, θήσει μητρὶ θεῶν Σιπυλήνῃ κτλ.

Ib. II, p. 789, n. 3386: – ἐάν τις παρὰ ταῦτα τολμήσῃ ποιῆσαι, ἀποτείσει μητρὶ θεῶν Σιπυλήνῃ δηνάρια δισχείλια πεντακόσια.

Ib. II, p. 762, n. 3289: — — εἰ δέ τις ἐπιχειρήσει, ἀποτείσει τῷ ναῷ τῷ Σμυρναίων δηνάρια $\overline{αφ}$.

Omnibus templis, τοῖς νέοις, multa inferenda est ex CIGr. II, p. 770, n. 3318.

d) In civitatem:

Or. 4431 [= CIL. IX n. 136]: « — — quod si qui adversus it fecerint eorum bona pertinere debebunt ad rem publicam Brundisinorum ».

Or. 7337 [= CIL. V, 1, n. 952]: « — — si q(uis) hanc ar(cam) vender(e) aut emere aut exacisclare volet tunc poen(ae) nom(ine) dabit rei p(ublicae) Aquil(eiensium) HS XX numm. delator quart(am) accip(iet) » [cf. CIL. V, 1, n. 979 et n. 1102].

CIGr. II, p. 940, n. 3688: — — εἰ δέ τις τολμήσει ἕτερον καταθέσθαι, δώσει — — τῇ νεωκόρῳ Κυζικηνῶν πόλει [— —].

Ib. II, p. 968, n. 3774: — — ἐὰν δέ τις παρὰ ταῦτα ποιήσῃ, δώσει προστείμου (i. e. poenae nomine) [1] τῷ ἱερωτάτῳ ταμιείῳ (h. e. fisco) δηνὰρια ε′ καὶ τῇ πόλει δην. γ′·

Item CIGr. II, p. 970, n. 3785 cit.

e) In alia corpora seu universitates:

CIL. III, n. 2107: « — — si quis eam arcam [po]st mortem eorum aperire vo[lu]erit in[f]er[et] decuriae meae HS XXV ». (decuria intellegenda est collegii centonariorum ac fabrum, ut integrum titulum legenti patet).

---

[1] Cf. Curtius, *Schulgr.*, § 421.

CIGr. II, p. 763, n. 3292: — — ἀποδώσει τῇ γερουσί[ᾳ προσ]τείμου δηνάρ(ια) πεν[τακόσια].

Ib. II, p. 940, n. 3690: — — δώσει τῇ ἱερ[ᾷ βουλῇ ?]. Cf. n. 3661.

Saepius in inscriptionibus graece exaratis exemplar alterum inscriptionis commemoratur, quod sepulcri conditor apud magistratum deposuit. E multis en pauca exempla:

CIGr. II, p. 764, n. 3295: — — τούτου τοῦ τίτλου ἀντίγραφον ἀπετέθη εἰς τὸ ἀρχεῖον. Item n. 3292.

Ib. II, p. 762, n. 3286: — — τοῦτο ἀπόκειται εἰς τὸ ἀρχεῖον τὸ ἐν Ζμύρνῃ (sic).

Ib. II, p. 757, n. 3276: — — ταύτης τῆς ἐπιγραφῆς ἐξσφράγισμα ἀπόκειται ἐν τῷ ἱερῷ Καισαρήῳ γενηθὲν ἐν διπλώματι.

Interdum etiam legitur eum qui multam solverit non ideo actione sepulcri violati non teneri. Haec sibi vult inscriptio poetice conscripta CIGr. III, p. 938, n. 6307:

Εἰ δὲ [τ]ολμήσει τις τούτῳ συνθαπτέμεν ἄλλον,
θήσει τῷ φίσκῳ τρὶς δύο χειλιάδας·
τόσσας καὶ Πόρτῳ καταθήσεται· ἀ[λλ]ὰ καὶ αὐτῆς
τείσ[ε]ι ἀτασθαλίης βλαψιτάφου κόλασιν,

ubi pro αὐτῆς malim αὐτήν legere (« Si quis ausus fuerit alium inferre, solvet fisco VI m. n, totidem et Porto, sed et violati sepulcri crimine tenebitur »).

CIGr. II, p. 941, n. 3692: — — εἰ δέ τις τολμήσει τῷ ταύτης τάφῳ προσελθὼν κεινῆσαι ἢ ὀρύξαι — —· ἐγκληθήσεται γὰρ τυμβωρυχίας οὐ μόνον, ἀλλὰ καὶ κατασχεθήσεται τῷ ὡρισμένῳ προστείμῳ τοῦ ταμείου κτλ. (« Si quis huius ad sepulcrum accedens quid amoverit vel effoderit, violati sepulcri crimine tenebitur, sed et fisco certam poenam solvere debebit cet. »).

Item CIGr. II, p. 942, n. 3694, praeter multam: δίκην θ' ὑφέξεις παρανόμως τυμβωρυχῶν.

Nunc est inquirendum quomodo posset privatus homo huiusmodi poenas statuere, etiam post mortem suam in perpetuum valituras. Prorsus enim incredibile est omnes hos titulos vana iactare, cum adeo multi sint.

Quae olim de poenae nomine legato cogitata fuerunt, Gaio genuino nobis restituto (Gai. 2, 235), penitus reicienda sunt. Huc accedit plerosque eiusmodi titulos etiam in extraneos poenas minari, qui nihil ex testamento acceperint, ut ecce:

Murat. 1426, 5: — — ἕτερον δὲ ἐξὸν μὴ εἶναι πτῶμα καταθέσθαι· ὃς ἂν δὲ τολμήσῃ δώσει τοῖς κληρονόμοις μου δηνάρια φ′ καὶ τῇ πόλει HS φ′.

Mommsenus autem multitudine inscriptionum id genus permotus putavit legem seu plebiscitum hac de re latum fuisse (1). Et sunt quaedam nimirum, ex quibus innui posse videatur eiusmodi legem extitisse. Confer titulum

Maffei, *Mus. Veron.*, 320, 3 [= CIL. VI, 4, n. 26445]: « — — huic munimento intercedet lex ne donatio fiat, quod si quis admiserit, inferet aerario p(opuli) r(omani) HS $\overline{\text{XXX}}$ numm. » (2).

Cui adiungenda est inscriptio:

Or. 4379 [= VI, 2, n. 10235]: « — — Iobacchus fecit — — — excipit(ur) itus actus aditus ambitus — — — et cetera quae *in lege publica* continentur ».

Sed esset mirandum iuris libros omnes, qui aevum tulerint, de eiusmodi lege, si lata fuisset, conticescere. Quod ad priorem titulum, vox *lex* perinde est accipienda atque *ius*, et revera ius obstat, quo minus sepulcrum donetur. Quid autem altera inscriptio sibi velit, vix est ut auguremur; certe ad rem probandam non sufficit.

Rem fortasse Marinius noster acu tetigit (3), qui monuit probabilius iudicem plerumque tanti damnavisse, quanti in titulo erat, ni forte id C m. nummum pluris esset. L m. nummum ordinariam fuisse apud Romanos poenam Marinius (4) ostendit; apud Graecos vero MMD denar. Recte autem addidit Luebbertus (5) praetorem ipsum veri similius hanc poenam in formula inseruisse; id enim fieri in gravioribus casibus solere ex Gaio (2, 224) novimus. Poterat sane iudex minoris quoque damnare, sed condemnationem minuere propter ipsius praetoris auctoritatem plerumque non audebat. Qua re nil aequius esse poterat, cum nemo posset sepulcrum violare, quin titulum legeret. Quod autem ad corpora attinet, quibus sepulcri conditor multam inferri vult, id, si verum video, ita intellegendum est,

(1) *Staatsrecht*, II², 67 n. 1 [II³, 1, p. 70 n. 2; cf. MOMMSEN, *Strafrecht*, p. 814 sq.; FERRINI, *Dir. pen.* cit., p. 338 sq.].

(2) Cf. LUEBBERT, *Comment. pont.*, p. 63.

(3) *Iscrizioni albane*, p. 75 sq.

(4) Loc. cit., p. 76.

(5) *Comment. pont.*, p. 74.

ut, si ii, ad quos ius sepulcri pertineret, actione experiri neglegerent, ea cura ad templum (i. e. ad sacerdotium collegium) ad universitatem quandam vel civitatem cet. spectaret. Ait enim praetor, si plures agere velint, se ei iudicium daturum, *cuius causa iustissima esse videbitur* (D. 47, 12, 3 pr.). Cum autem saepius ex hisce titulis multa fisco inferenda sit, id etiam de multis accipi potest, quae ex mandatis principalibus fisco solvendae erant (cf. e. gr. C. 9, 19, 3; 4, 1).

Non igitur necesse est haec ex patrisfamilias iure repetere, sicut Huschkius in opere iam pluries laudato contendit [1]. Docet enim antiquitus patrifamilias licuisse in familiam suam quae vellet statuere etiam post suam mortem valitura, et in pari condicione fuisse, qui aliquid ex testamento accepissent: consuetudine autem factum esse, ut eiusmodi poenae adversus extraneos quoque statuerentur et ab his peterentur.

Haec fere de sepulcrorum iure dicenda erant. Et iam est ut piaculum dis inferis ove atra dem, quippe qui in Agathopi illius manes deliquerim, qui in titulo sepulcri sui cavit: « ab iis omnibus dolus malus abesto et ius civile » [2].

Scribebam Berolini, postrid. Id. Iul. ann. p. Ch. n. MDCCCLXXXI.

---

(1) *Die Multa u. d. Sacram.*, cap. IV.

(2) Grut. 903, 12 [= CIL. VI, 2 n. 8861: cf. ib., nn. 8862, 10525, 12133, 13441].

Diritto dell' inventore sul tesoro (*).

Una sentenza della Corte d'Appello di Bologna del 21 giugno 1901 (¹) ha deciso una causa in materia di tesoro, molto interessante per i cultori del diritto privato.

Alcuni operai, che lavoravano a scavar ghiaia nel greto del fiume Reno, nelle vicinanze di Bologna, vi scopersero alcuni massi. Il direttore degli scavi, avutone notizia, fece sospendere i lavori: nella stessa località furono quindi intraprese indagini per conto dello Stato, e queste condussero all' estrazione di moltissimi cippi e lapidi ed altri simili oggetti di antichità, che furono trasportati nel Museo civico di Bologna. Gli operai, ai quali si doveva la prima scoperta di tali oggetti, citarono in giudizio lo Stato, perchè fosse condannato in base all'articolo 714 C. C. « a rilasciare loro la metà degli oggetti rinvenuti o ad apprestare loro la metà del valore dei medesimi ». E tale pretesa fu accolta dal Tribunale di Bologna con sentenza del 27 novembre 1900, confermata con la surriferita decisione d' appello.

Anzitutto è singolare come (per quanto appare almeno dalla motivazione della sentenza) non siasi fatta la questione preliminare se gli oggetti scoperti costituissero veramente un « tesoro ». Perchè, se i cippi e le lapidi furono originariamente congiunti al suolo e quivi, senza venire rimossi da tale primitiva collocazione, furono poscia ricoperti dalle alluvioni del fiume, non pare a me dubbio che essi non abbiano mai perduto la loro qualità di immobili, o (più esattamente) che essi

---

(*) [Pubblicato in *Temi Siciliana*, I, 1901, pp. 321-24].

(¹) In *Monitore dei Tribunali*, XLII, 1901, p. 874-75.

siano sempre stati parte integrante della totalità immobiliare del fondo. In tale ipotesi, nè il concetto romano nè quello attuale nostro del tesoro si adatterebbe.

Ma supponiamo che di tesoro si tratti: ad es., i cippi furono divulsi dal suolo, ridotti a cose mobili e quindi ricoperti e sotterrati dalle alluvioni. Basta in tal caso la semplice scoperta non seguita dall'effettiva occupazione, perchè sorga nell'inventore il diritto alla metà delle cose trovate? Per diritto romano è da ritenere come vera la soluzione negativa [1]. La Corte di Bologna per il diritto civile vigente propugna invece una diversa interpretazione. Gli argomenti non sono nuovi. Si cita l'art. 714 C. C., « dalla chiara *(sic)* dizione del quale si ricava che la invenzione è per se stessa una specie di occupazione », e s'insiste specialmente sulla prima parte dell'articolo stesso. A dire il vero queste ragioni, che hanno avuto fortuna nella nostra giurisprudenza [2], non sono molto efficaci. Nel citato articolo si parla bensì di tesoro « scoperto » e di « ritrovatore »; ma queste espressioni (come la romana *invenire*) si spiegano facilmente, riflettendo che il legislatore ha in mente il caso comune in cui la scoperta coincide nella stessa persona con la occupazione e riflettendo che la scoperta è la via necessaria per la occupazione. Piuttosto è grave l'argomento che del tesoro parla il nostro Codice civile sotto il titolo « Dell'occupazione », e che per l'art. 711 si acquistano con l'occupazione « gli animali che formano oggetto di caccia o di pesca, il tesoro e le cose mobili abbandonate ». Si avverta poi che la legge, mettendo insieme queste cose tutte e dicendo che esse si acquistano con l'occupazione, non può che accennare alla stessa specie di occupazione: l'unica cioè che conosca il diritto, e che consiste nell'apprensione del possesso. L'ammettere per il tesoro « una occupazione *sui generis* », oltre che arbitrario in sè, è incompatibile con il testo della legge. Il caso presente poi era tale da far comprendere l'erroneità della combattuta dottrina. Il Tribunale e la Corte con una logica veramente intrepida hanno attribuito agli operai

---

(1) Vedi Ferrini, *Pandette*, § 279, p. 361 n. 1.

(2) Cfr. la sentenza della Cassaz. di Palermo, 9 aprile 1874 [*Giurisprudenza Italiana*, XXVII, 1875, col. 127-36].

il diritto d' invenzione su tutti i cippi e tutte le lapidi che si vennero scavando in quelle località in progresso di tempo, dei quali essi neppure avevano notizia prima delle nuove indagini e dei nuovi scavi. E sia pure. Ma allora bisogna essere logici completamente. Bisogna riconoscere che il proprietario del fondo non ha diritto di far sospendere gli scavi, quando un terzo ha scoperto (non occupato) un tesoro, e che costui può pretendere la continuazione degli scavi fino a che c' è speranza di ritrovare altri oggetti. Infatti, se il tesoro è diventato per metà dominio suo per il fatto della pura scoperta, come potrà il proprietario del fondo rifiutarsi di consegnarlo a lui, come potrà resistere ad un' azione *ad exhibendum?* E si vorrà davvero arrivare fino a questo?

Taluno potrebbe criticare da un altro punto di vista la sentenza. Potrebbe dire che a torto essa fece un tesoro unico di tanti oggetti autonomi; che a torto estese a tutti il concetto della scoperta; che questa e i suoi effetti erano da restringersi agli oggetti, la cui esistenza era stata dai ritrovatori materialmente identificata. Il proprietario può sempre inibire di procedere nei lavori, e ciò significa che sugli oggetti non ancora messi in luce non può esservi diritto nello scopritore. Con ciò verrebbe eliminata l' esorbitanza del risultato; non (come abbiamo veduto) la sua intrinseca erroneità.

In Italia, il cui suolo è così ricco di memorie antiche, che hanno anche un grande valore pecuniario, la giurisprudenza in materia di tesoro ha importanza non solo teorica, ma anche pratica. Occorre resistere agli errori ed impedire che si propaghino.

È notevole che anche il recente Codice civile dell' Impero germanico, tenendo fermi i principii del diritto romano, esiga (perchè l' inventore acquisti il dominio di metà del tesoro) oltre la scoperta anche la presa di possesso (Cod. civ. Imp. Germ., § 984) [1].

---

[1] Cfr. DERNBURG, *Das bürgerl. Recht d. deutsch. Reichs u. Pr.*, III, 1901, p. 342 sg.

Appunti sulla dottrina della specificazione (*) [1].

1. Si dice essere una cosa nel dominio di una persona, quando le appartiene in tal modo, che questa abbia su essa un potere, almeno virtualmente, universale. Il dominio investe tutta la cosa e vi s' incorpora: appunto i giuristi romani confondono addirittura il dominio con l' oggetto suo. Non sorge dominio, se non c' è la cosa: della cosa segue esso le vicende, con la cosa tramonta e muore. Se la cosa, per essere assorbita da un' altra, non esiste attualmente (in senso giuridico) ma solo potenzialmente, in quanto che può tornare ad essere la cosa di prima, il relativo dominio entra pure in una fase di potenzialità. La *rei vindicatio* non è attualmente esperibile, ma di regola (eccetto il caso del *tignum iunctum*) con l' *actio ad exhibendum* si può ottenere la separazione: far cioè rinascere la cosa da rivendicarsi. E pur dove l' *actio ad exhibendum* è esclusa, avvenuta che sia la separazione e tornata ad

(*) [Pubblicato in *Bull. Ist. dir. rom.*, 2, 1889, pp. 182-247. Talune delle tesi sostenute in questo scritto diedero luogo alla nota polemica con il PEROZZI (ved. *Bull.* cit, 3, 1890, pp. 212-40; *Rendic. dell' Ist. Lomb.*, 23, 1890, p. 500 sgg.; contronote in trad. it. di GLUECK-CZYHLARZ, *Comment. alle Pand.*, lib. XLI, § 1279; e, da ultimo, *Istituz.*, 1², pp. 686-90). Vedi del FERRINI anche lo scritto *Materia e species*, che segue in questo volume, e *Pandette*, pp. 288 sg. e 363 sgg.].

[1] Nei primi numeri di questo lavoro si espongono dottrine, di cui talune fieramente combattute, altre, almeno in parte, nuove. Mi sono tuttavia astenuto da citazioni e polemiche, ritenendo che il nesso ch' io pongo fra alcuni fenomeni giuridici e gli argomenti che adduco servano a dimostrare perchè io segua certe opinioni e certe altre rifiuti. Il che non toglie ch' io abbia cercato di rimuovere con critica diretta gli ostacoli che trovavo proprio sulla via.

essere la cosa ciò che prima era, la *rei vindicatio* avrà libero il suo corso.

Il dominio quindi si estingue definitivamente con la definitiva estinzione giuridica della cosa. Se tale estinzione non è definitiva, se si conserva la potenzialità del ritorno all' individualità di prima, anche il dominio non perisce totalmente, ma perdura in una fase potenziale.

Ora, la cosa perde interamente l' individualità sua tanto per assorbimento, quanto per mutamenti e scomposizioni. L'assorbimento ha luogo quando una cosa autonoma passa a formare parte integrante di un' altra; e l' assorbimento opera annientamento completo della cosa assorbita, se questa, pur separandosi, non può tornare ad essere la cosa di prima, secondo le determinazioni che più avanti esporremo. Esempi di tali estinzioni definitive sono notoriamente l'albero impiantato che mette radici nel nuovo terreno, la *crusta quae coaluit*, il braccio unito per ferruminazione ad una statua, etc. Si noti bene fin d' ora che la cosa che s' accresce per l' aggiungersi di nuova parte integrante non diventa una cosa nuova; conserva l' individualità di prima e solo si accresce, assorbita rimanendo in essa la cosa aggiunta.

D. 41, 1, 26 pr. (Paul. 14 *ad Sab.*): « — — — Proculus indicat hoc iure nos uti, quod Servio et Labeoni placuisset: *in quibus propria qualitas expectaretur* [1], si quid additum erit, toto cedit, ut statuae pes aut manus, scypho fundus aut ansa, lecto fulcrum, navi tabula, aedificio cementum: tota enim [2] eius sunt, cuius antea fuerant [3] ».

Naturalmente qui non si distinguono estinzioni assolute ed estinzioni relative delle cose assorbite.

Estinzione della cosa non suole avvenire nelle mescolanze di cose solide o liquide: non è escluso che qui pure possa sorgere una nuova e propria *species* (Inst. 2, 1, 27 etc.), secondo i principii che esporremo nei numeri successivi; ma,

---

[1] Cioè per quelle cose che nelle congiunzioni hanno funzioni di principali e attraggono le altre, di cui le qualità proprie non vengono in considerazione rispetto al loro ufficio di parti.

[2] Cioè il complesso risultante dalla congiunzione.

[3] Cioè perdurano nelle individualità e nella condizione giuridica di prima.

in sè, la confusione e la commistione non distruggono l'individualità dei singoli componenti: il che ha notevole importanza in varie questioni, come vedremo (1).

2. Dicevamo che anche per mutamenti e scomposizioni può venir meno l'individualità della cosa: *corpus, species* (2). L'individualità della cosa è determinata da due elementi, la sostanza *(substantia)* e la forma *(forma, figura)*. La voce *species* non significa che di rado figura: di solito designa l'individualità dell'oggetto. Infatti:

a) Species è affatto sinonimo di *res, corpus*. Per esempio D. 16, 3, 1, 41: « si cista signata deposita sit — — — an et *species* comprehendendae sint? — — non *singularum rerum* depositi agendum »; D. 32, 92 pr.: « — — cum omnibus mancipiis pecoribus iumentis ceterisque universis *speciebus* »; D. 39, 5, 31, 1: « *species* extra dotem a matre filiae nomine viro traditas »; etc.

b) Così si dice, per es. in Inst. 2, 1, 27 che sorge una *propria species* quando, combinandosi più elementi, nasce una cosa nuova da questi diversa; Pomponio apd. Ulp., D. 6, 1, 5, 1 si rappresenta lo stesso fenomeno dicendo che « suam speciem pristinam non continet ». Riferirsi alla forma sarebbe strano; giacchè, rispetto alla forma, che differenza fra una massa composta di oro e rame, che non è *nova species* (Pomp. ibid.), e invece una massa di elettro, che lo è (§ 27 Inst. cit. e D. 41, 1, 7, 8)? La distinzione riposa su un errore di chimica dei romani; ma essa mostra a tutta evidenza in che consista per essi il concetto di *species* propria.

c) Oltremodo interessante è il noto testo pauliano D. 6, 1, 23, 5. Ivi si discorre della differenza fra le semplici mescolanze, che non tolgono l'individualità dei componenti, e

---

(1) Ciò ha poca importanza nel caso di confusione di liquidi omogenei; qui sorge sempre condominio in modo perfettamente conforme ai principii che più avanti esporremo sulla sostituzione di materia omogenea. Nel caso di confusione di liquidi eterogenei (o di soluzioni di corpi solidi in liquidi), quasi sempre siamo davanti a una specificazione. La confusione si parifica affatto alla commistione, quando avviene senza che sorga nuova specie e fra materie fuse, che siano solide all'ordinaria temperatura. V. soprattutto il num. 21, verso la fine.

(2) E anche *corporis species*; per es. D. 41, 1, 7, 8.

delle congiunzioni, che sogliono invece distruggere l'individualità delle cose aventi funzioni di accessorie e in ispecie di quelle che sogliono distruggerla definitivamente *(ferruminatio)*. E si dice:

« At in his corporibus, quae ex distantibus corporibus essent, constat singulas partes retinere *suam propriam speciem*, ut singuli homines singulae oves — — — *quod non idem* in cohaerentibus corporibus eveniret: nam si statuae meae bracchium alienae statuae addideris, non posse dici bracchium tuum esse, quia tota statua uno spiritu continetur ».

Evidentemente qui *retinere suam propriam speciem* non può significare che « conservare la propria individualità »: anche qui sarebbe strano pensare alla forma. Forse che il braccio unito per ferruminazione ad una statua non conserva la sua figura? Gli è piuttosto che, cessando di essere autonomo, si reputa estinta l'individualità sua.

d) Indifferente è poi che la cosa sia o no lavorata, abbia o no una forma tipica. *Species* si dice la massa informe di elettro, e *species* si chiamano indirettamente nel cit. fr. 5, 1 l'argento e l'oro e il rame greggio che entrano nelle leghe. Fra le *species pertinentes ad vectigal* in D. 39, 4, 16, 7 si annoverano: *ebur, ferrum indicum, lapis universus*, etc. Sta bene che in certi casi sembra che si contrapponga materia *infecta* a materia *facta* o *species*; ma, a ben vedere, tale contrapposto non toglie nulla alla verità di quanto dicevamo. In D. 6, 1, 6 si legge: « infectae quidem materiae pondus, signatae vero numerum, factae autem speciem dici oportet ». Ma questo vuol dire che per le cose o materiali greggi basta dire il peso, per quelle segnate il numero, per quelle lavorate bisogna dire gli elementi, che ne caratterizzano l'individualità. Una *species* consistente in materia greggia è individualizzata dalla designazione della sostanza e del peso; quella invece consistente in materia lavorata abbisogna di una descrizione più minuta. E infatti qui per *species* non può intendersi la sola figura; ma sì tutto quel complesso di caratteristiche che individualizzano la cosa. La domanda fatta in D. 16, 3, 1, 40, se colui che *argentum vel aurum depositum petat* « speciem an et pondus complecti debeat », non reca alcuna difficoltà: designazione di *species* potrebb' essere anche il dire *aurum infectum* etc.

La figura invece si usa esprimere con la voce *forma* (D. 10, 4, 9, 3. 41, 1, 7, 5. 50, 16, 13, 1). La sostanza viene solitamente espressa con la voce *substantia;* benchè non manchino casi, in cui *substantia* si adoperi a indicare lo stesso che *corpus,* ossia l' oggetto nella sua individualità. Tale è il senso di *substantia* nella famosa definizione dell' usufrutto (D. 7, 1, 1, cfr. eod. 2 e Inst. 2, 4 pr.): cfr. pure D. 10, 4, 9, 3 « mutata forma prope interemit *substantiam rei* » (= l' individualità della cosa).

Invece la voce *materia* suole indicare la cosa originaria, da cui un' altra deriva. Sovente, se una cosa è stata tratta con il lavoro dalla materia greggia, la voce *materia* diventerà sinonimo di *substantia*, per esempio, D. 33, 10, 3, 5: « nec interest *cuius materiae* sunt res quae sunt in suppellectili ». Qui pure però è più esatto tradurre « da quali materiali sono state tratte etc. ». E così « *materia* in qua aliquid praestatur » dicesi la cosa data in locazione-conduzione d' opera, perchè ne venga tratta una nuova specie (D. 18, 1, 65); *materia* in senso più particolarmente tecnico si dice il legname destinato ad essere lavorato: « sic separatur, ut sit aliud materia, aliud lignum, *materia* est quae ad aedificandum fulciendum necessaria est » (D. 32, 55 pr.). In D. 41, 1, 7, 7 si dice: « quod ex eadem *materia* factum sit », e in D. 10, 4, 12, 3 (nel senso medesimo) « quod ex *re* nostra fit »; in D. 6, 1, 5, 1 *species pristina* (cosa originaria) e *materia* sono usati in senso equipollente: ed anzi qui più che mai il vero senso di *materia* risulta perspicuo, come anche più avanti vedremo. Benissimo Gaio 2, 79 distingue in questo senso *materia et substantia*: ossia la cosa originaria e il materiale ond'essa constava. Gaio stesso (D. 41, 1, 7, 7) arreca come esempi di *materia* le *tabulae,* il *vinum,* i *medicamenta* (in quanto se ne fa una nave o mulso o collirio), che pure sono a loro volta *species* (p. es., Inst. 2, 1, 25. D. 41, 1, 26 pr.). Ogni cosa può quindi essere *materia*, in quanto da essa deriva per trasformazione un' altra avente propria o diversa individualità.

Preposte queste indispensabili indicazioni, facciamoci ora a studiare direttamente quale rapporto vi sia fra il trasformarsi della sostanza e della forma di una cosa e il permanere della sua individualità.

3. Che il mutarsi della sostanza di una cosa ne possa far cessare l' individualità, la possa cioè estinguere con il relativo

dominio, facendo sorgere una cosa nuova con dominio nuovo, è, in generale, indubitato. Vedi, per es., D. 41, 1, 26, 1, soprattutto alle parole « credibile est *alio terrae alimento aliam factam* », con le osservazioni che aggiungeremo.

Vi è un duplice modo, con cui può mutarsi la sostanza di una cosa: può cioè alla sostanza originaria sostituirsi altra omogenea; può invece sostituirsi sostanza eterogenea. Se io, senza danno della forma di una cosa (senza cioè che la forma muti categoria) (1), ne muto la sostanza, sostituendovene altra eterogenea, avrò certo estinto la cosa di prima e creata una cosa nuova. La natura della sostanza è nel modo comune di vedere un elemento essenziale dell'individualità di un oggetto. Se io, per esempio, trasformo con il calore un pezzo di marmo in un pezzo di calce viva (dico « marmo » in senso commerciale, perchè la trasformazione chimica nell'ordinario *coquere calcem* era ignota ai romani) o in un pezzo di carbone un pezzo di legno, avrò indubbiamente una nuova cosa; come una nuova cosa riconoscono i romani il mulso in confronto del vino e del miele, l'elettro (Inst. 2, 1, 27; cfr. D. 41, 1, 7, 8: « novi corporis species ») in confronto dell'argento e dell'oro: circa altre leghe i romani stimavano che « utraque materia etsi confusa manet tamen », ossia che ambo i metalli originari permanessero immutati, benchè fra loro confusi. Ulpiano, nella imperfezione delle sue conoscenze chimiche, ritiene che l'aceto fatto con il vino mantenga « eadem prope οὐσία » (D. 18, 1, 9, 2) e lo distingue così dall'aceto che fu sempre tale (v. pure Ulp., D. 33, 6, 9 pr.-2). Che però tutti i giuristi romani fossero di simile avviso (2), non mi pare da affermarsi. Contrasta il modo con cui Ulpiano stesso s'esprime, e per affermare ciò non si ha valido argomento. Lasciando da parte i passi che si riferiscono solo alla teoria della *falsa demonstratio*, rimarrebbe solo D. 32, 85. Questo testo però, per la stessa natura degli argomenti svolti, non può riferirsi che a legato di obbligazione: si aggiunge poi la costituzione ricordata ivi stesso da Pomponio, il cui contenuto non permette di trarre da questo passo veruna illazione. Invece la mutazione della sostanza in altra omogenea

(1) Vedi avanti, p. 51 sgg.

(2) Come opinerebbe il Fitting, *Arch. f. civ. Praxis*, 48, 1865, p. 21 sg.

non estingue, ove la forma persista, l'individualità di una cosa. Così, per es., avviene negli esseri viventi: servi, animali, alberi. In questi la sostanza si muta e si rimuta continuamente, e pure nessuno negherà ch' essi rimangano gli identici individui, o dirà che si estinguano per mutamento di sostanza.

Qui cade in acconcio il passo alfeniano D. 5, 1, 76, che mostra quanto presto l'attenzione dei giuristi romani fosse attirata da simili problemi: « — — — quod si quis putaret partibus commutatis *aliam rem* fieri, fore ut ex eius ratione nos ipsi non idem essemus, qui abhinc anno fuissemus: propterea quod, ut philosophi dicerent, ex quibus particulis minimis consisteremus, hae cottidie ex nostro corpore decederent aliaeque extrinsecus in earum locum accederent ». E conchiude: « quapropter *cuius rei species eadem consisteret*, *rem quoque eandem esse existimari* ».

Così dicasi pure dei *corpora* συνημμένα; cfr. Alfeno ibid.: « navem, si adeo saepe refecta esset, *ut nulla tabula eadem permaneret, quae non nova fuisset*, nihilominus *eandem navem esse* existimari ».

Cfr. pure Gaio, D. 30, 65, 2, ove si tratta di un legato di proprietà, per cui l'identità della cosa è essenziale [1]: « Si domus fuerit legata, licet particulatim ita refecta sit, *ut nihil ex pristina materia supersit*, tamen dicemus utile manere legatum ».

4. Materia omogenea è quella che, secondo il modo comune di vedere, e soprattutto secondo le idee commerciali, appartiene alla medesima categoria. È dunque ammissibile una certa latitudine nelle variazioni della materia senza scapito dell'individualità dell'oggetto. È noto, per es., che la composizione chimica di certi vegetali (per es., delle barbabietole) non è la stessa in tutte le stagioni dell'anno: ora più abbondano, ora meno certi elementi; ma niuno dirà che la barbabietola cessi di essere sempre l'identica cosa. Così, se io fabbrico la nave con un legname diverso dal primo, sostituendo a poco a poco (senza mai distruggere completamente la carena) la nuova all'antica qualità, si dovrà pur concedere che l'identità della

[1] Cfr. la mia *Teoria gen. dei legati e d. fedecommessi*, 1889, p. 594 sg.

nave non è venuta meno. Non così, se io a poco a poco sostituissi tavole di ferro alle tavole di legno. Così dicasi se io alla successiva ricostruzione di un edificio adopero cementi o sassi di qualità non eguale: sempre l'edificio rimarrà l'identico. Si vegga, per esempio, come Paolo (5 *ad Sab.*, D. 18, 1, 10) distingua il caso di « aes pro auro » e il caso che « aurum quidem fuerit, deterius autem quam emptor existimaret »: ossia oro impuro. Parimenti è questo il senso della distinzione ulpianea (certo chimicamente erronea e neppur rispondente alle comuni idee moderne) fra l'*embamma*, e in genere *id quod ab initio acetum fuit*, e il vino diventato aceto (D. 18, 1, 9, 2). Infatti, scrive il giurista, nel secondo caso « eadem *prope* οὐσία est »: ossia la sostanza è, se non la stessa, quasi; appartiene, insomma, alla stessa categoria [1].

5. In tutti i casi, in cui la sostituzione della materia per mezzo di altra omogenea non fa perire l'individualità della cosa, deve, come benissimo scriveva Alfeno (D. 5, 1, 76), *species eadem consistere:* cioè la materia deve mutarsi, senza che l'ente complessivo, nelle parti sostanziali, venga meno. Se io risolvo la nave totalmente (compresa la carena) e poi la ricostruisco, la nave è perita, ancorchè io mi valga dei precisi identici materiali di prima; quanto più se muto anche i materiali! Cfr. Gaio, D. 30, 65, 2 cit., e Ulp., D. 7, 4, 10, 7. Non si opponga che la decisione contenuta nell'ultimo testo si riferisce al diritto di usufrutto, per cui ci sono regole particolari. Giacchè per qual ragione l'usufrutto perisce? Perchè o perisce l'oggetto o più non si presta all'uso, a cui esso era originariamente destinato. La seconda ragione qui non sta, perchè la cosa serve benissimo, e anzi meglio, allo stesso uso di prima; non rimane dunque che l'altra, cioè che l'oggetto è estinto, e che la nave ricostruita è una nave nuova e dalla prima diversa.

6. Anche la sostituzione di materia per mezzo di altra omogenea può avere conseguenze giuridiche assai rilevanti. Finchè la forma autonoma della cosa ne conserva l'individualità, essa può avvenire senza nuocere all'identità della cosa

---

[1] So bene che questi passi non concernono direttamente il nostro problema, ma di riflesso lo illuminano e lo determinano.

e alla conservazione del dominio. Ma facciamo l'ipotesi che la cosa diventi parte integrante di un'altra. Per es., l'albero mio è impiantato nel fondo di Tizio, in modo che più non ha « separatum corpus » (D. 19, 1, 40). Qui la forma, siccome quella che non ha alcuna autonoma importanza, non può più conservare alla cosa la sua identità, mentre la materia si rimuta: quindi una volta che l'albero comincia a nutrirsi con i succhi del nuovo terreno, e cioè a cambiare sostanza, si ritiene totalmente estinto il dominio del proprietario antico, che nè potrebbe agire *ad exhibendum*, nè, nuovamente sradicato l'albero, rivendicarlo. Paul. in D. 41, 1, 26, 1: « et si rursus (arbor) eruta sit, non ad priorem dominum revertitur; *nam credibile est alio terrae alimento aliam factam* ». L'albero non è più quello di prima, perchè s'è mutata la sua materia, senza che la forma, permanendo la stessa e autonoma, ne conservasse l'identità.

7. Che il mutamento di forma possa pure far cessare l'individualità dell'oggetto, è cosa sicura. La semplice conservazione della sostanza non basta a mantenere l'autonoma individualità dell'oggetto, neppure per il caso in cui, dopo una interruzione, l'oggetto riacquisti la sua forma primitiva [1]. Rimane a vedere in che limiti il mutamento di forma possa avere tale efficacia.

Nel modo stesso che le variazioni di materia, senza detrimento della forma, non fanno perire l'oggetto, se la materia sostituita è omogenea alla prima, così i mutamenti di forma, che hanno luogo senza detrimento di sostanza, non estinguono l'oggetto, se la nuova forma appartiene alla medesima categoria della prima. È certo che, se io restauro una casa od una nave in modo da renderle più ornate ed eleganti, non avrò punto nociuto all'identità di tali oggetti; come non vien meno l'identità di un vaso d'argento, ch'io faccio cesellare. Il mutarsi del colore di una cosa, benchè certo ne alteri la figura, non la rende punto una cosa nuova (D. 41, 1, 26, 2).

Indicare con una formola generale che cosa sia una « categoria di forma » non è possibile. È un concetto assai relativo; dipende dalla comune estimazione, che non è sempre e

[1] Vedi al num. 6.

ovunque la medesima. Possiamo però avvertire che la categoria è tanto più ampia, quanto più semplice è la forma; tanto più angusta, quanto più essa è complicata. La categoria delle forme gregge *(rudis materia, materia infecta)* è latissima. Se io ho un pezzo greggio di metallo e lo fondo in modo, che, pur rimanendo sempre un pezzo greggio, muti figura, non avrò certo una cosa nuova: è sempre quella cosa, e la sostituzione di una forma omogenea non ne estingue l'individualità. Se invece io dò a quel pezzo di metallo una figura, che lo faccia entrare in una categoria di oggetti commercialmente determinata, avrò una cosa nuova, a cui potrò far corrispondere un numero minore di forme omogenee. Il fenomeno (più avanti lo vedremo meglio) è precisamente il medesimo, tanto se io converto una massa di argento in un vaso, quanto se riduco un vaso ad una massa di argento [1]: sempre faccio uscire una sostanza da una categoria di forme e la faccio entrare in una nuova; sempre estinguo una cosa e un'altra ne creo. Le fonti infatti non distinguono mai fra i due casi e li trattano sempre come uguali: per es., D. 30, 44, 2-3, ove s'insegna che nel legato di dannazione, nel quale si possono legare anche cose future, l'estinguersi dell'oggetto legato per dar vita ad un oggetto nuovo non toglie di regola l'utilità del lascito. Un vaso di metallo può cesellarsi, modificarsi etc.: purchè non si fonda interamente per fare tali operazioni, la sua identità permane. Se venisse a fondersi, siccome la sostanza uscirebbe affatto dalla sua categoria per assumere la forma di materia greggia in fusione [2], ancorchè dopo ritornasse alla sua forma di prima, l'oggetto antico si reputerebbe estinto. Cfr. Afric., 5 *quaest.*, D. 7, 1, 36 pr.: «.... si scyphorum ususfructus legatus sit, deinde massa facta sit et iterum scyphi: licet enim *pristina qualitas scyphorum restituta sit, non tamen*

---

[1] Quelli che, come A. SULZER, *Der Eigenthumserwerb durch Specifikation,* 1883, p. 81 n. 97, e K. CZYHLARZ, *Eigenthumserwerbsarten,* I, 1887, 257 [= GLUECK, *Ausf. Erl. d. Pandekten,* Ser. d. Bd. 41 u. 42, I Th.], opinano esservi qui distruzione di cosa e non creazione di cosa nuova, non hanno certo meditato bene il modo con cui si esprime questo fenomeno in D. 10, 4, 9, 3: " si — — in aliud corpus res sit translata, *veluti si ex scypho massa facta sit* ".

[2] Cfr. num. 8.

esse quorum usus fructus legatus sit » (1). Cfr. Ulp. 17 *ad Sab.*, D. 7, 4, 10, 6: « ornamentum dissolutum aut transfiguratum extinguit usumfructum ». Così Marcello, per il caso che taluni *uniones* sieno stati convertiti *in aliam speciem ornamenti*, osserva come « id — — in sua specie non permanserit, nam (immo *Mo.*) *quodammodo extinctum sit* » (D. 34, 2, 6, 1) (2): ove il *quodammodo* non esclude che l' estinzione sia avvenuta, ma solo accenna alla espressione metaforica, come il *prope* nel testo di Ulpiano D. 10, 4, 9, 3, ove si dice che « si ex scypho massa facta sit — — — mutata forma prope interemit *substantiam rei* » ossia la individualità della cosa (3).

8. Devo qui osservare come quelle variazioni di forma che la cosa subisce per effetto della temperatura, della luce etc., senza che nella comune estimazione essa cessi per ciò di essere la medesima cosa, non ne estinguono l' individualità, appunto perchè s' intendono come variazioni della stessa categoria di forme. Ciò ha luogo principalmente se, cessate le peculiari condizioni, la cosa ritorni all' aspetto di prima. La mia acqua, che ho in un recipiente (4), rimane sempre la stessa ancorchè d' inverno congeli e poi disgeli. Il mio burro rimane sempre quello, ancorchè in una calda giornata di estate si liquefaccia e poi di nuovo si rapprenda. Una massa greggia di metallo non perde, fondendosi, la sua individualità, e quindi, raffreddata, è sempre la stessa di prima. Invece un vaso di metallo perde, fondendosi, la sua individualità, giacchè, raffreddandosi il metallo, non ritorna il vaso, e un vaso allo stato di fusione non esiste. Ciò, naturalmente, perchè la categoria delle forme gregge è assai più lata di quella delle forme lavorate (5).

8ª. Le variazioni di forma che si contengono nella medesima categoria possono avere delle conseguenze giuridiche assai notevoli. Per esse non vien meno l' individualità della cosa, finchè questa conserva un' esistenza autonoma. Se io muto

---

(1) Cfr. *Teoria gen. dei legati*, p. 600.

(2) Op. cit., p. 599 sg.

(3) Vedi num. 2.

(4) Non dico in uno stagno perchè allora l' acqua non ha, finchè vi rimane, esistenza autonoma.

(5) Vedi num. 7.

figura a un pezzo di metallo greggio o ad un pezzo di pietra, non opererò certo estinzione di un oggetto e creazione di un altro ([1]), qualora anche nella nuova figura si abbia sempre una materia greggia. Così se io cesello un oggetto d'argento o, senza fonderlo, ne modifico la figura entro i limiti della medesima categoria ([2]). Se invece l'oggetto diventa parte integrante di un altro, il fatto che con la separazione non potrebbe ricondursi alla stessa forma iniziale (benchè per altro si riconduca ad una forma affine) impedisce che si conservi potenzialmente la sua autonomia, e quindi il relativo dominio. Il filo di porpora intessuto nell'altrui vestimento perde interamente e definitivamente la sua autonomia: è ben vero che esso potrebbe estrarsi ancora dal tessuto, ma non conserverebbe più l'identica forma e figura iniziale (Inst. 2, 1, 26) ([3]). Si osservi però bene: non è necessario che all'atto della separazione l'oggetto abbia la forma iniziale, basta la capacità in genere di ricuperarla. Del tutto affine è, come vedremo, la teoria della *media sententia* nell'argomento della specificazione. Questa dottrina ammette che il domino della pristina specie acquisti il dominio della nuova (ancorchè creata da un terzo), quando questa contenga potenzialmente quella: quando cioè si possa la nuova ricondurre all'antica. Ma s'intende che si possa ricondurre alla medesima forma iniziale; non basterebbe la possibilità di ricondurla ad una forma della stessa categoria. Per es., un vaso di argento si può rifondere in una massa del medesimo aspetto dell'originario; invece una statua di marmo ben si può ricondurre nuovamente a un pezzo di marmo greggio, ma non dell'identica forma iniziale; una veste di lana ben si può ricondurre a un mucchio di filo, ma non dell'identico aspetto di prima. Benissimo si esprime Paolo, quando dice che le cose riducibili alla forma iniziale *materiae potentia victa numquam vires eius effugiant* (D. 32, 78, 4): « dal momento che contengono potenzialmente la cosa originaria, non si sottraggono mai all'influenza di questa » ([4]). Altrove Paolo parla

---

([1]) Vedi num. 9.

([2]) " — si maneant *inaures,* quamvis margarita eis detracta sint " Paul., D. 34, 2, 32, 8.

([3]) Opinione divergente: Ulp., D. 10, 4, 7, 2. Diversamente il PAMPALONI, *Arch. giur.,* 31, 1884, p. 45 n. 18.

([4]) Vedi più avanti nel testo.

della « species mutata, *materia manente* » : ossia della « creazione di cosa nuova, senza distruggere la possibilità di riprodurre l'originaria » (D. 41, 1, 24). Che qui *materia* significhi la cosa originaria, è evidente [1]: ordinariamente si traduce sostanza, ma con un errore veramente singolare [2]. Forse che la sostanza non rimane anche nella statua cavata dal blocco di marmo, nella veste fatta con la lana, nella nave fatta con le tavole (D. 41, 1, 26)? La differenza tra il vaso di argento e la veste di lana non è che nel lavoro siasi alterata la sostanza: è che l'uno si può ricondurre, l'altro no alla medesima figura iniziale.

E, conchiudendo, se le variazioni di forma entro la stessa categoria non estinguono l'oggetto autonomo, il fatto che un oggetto si può ricondurre a una forma della stessa categoria, ma non all'originaria, impedisce la conservazione dell'autonomia potenziale, ove l'oggetto sia diventato parte integrante di un altro, e in genere gli effetti che potrebbero derivare dalla riproducibilità della figura iniziale.

8[b]. Affatto parallele sono quindi le conseguenze che si deducono e rispetto alla materia e rispetto alla forma. Per maggior chiarezza le formuliamo così:

Il mutarsi della *materia* in altra omogenea o della stessa categoria non estingue l'individualità dell'oggetto.

Il mutarsi della materia in altra eterogenea o di diversa categoria estingue l'individualità dell'oggetto.

Tuttavia, se l'oggetto ha perduto la sua autonomia, si considera non riproducibile, qualora non conservi la materia iniziale, benchè consista di materia omogenea.

Il mutarsi della *forma* in altra omogenea o della stessa categoria non estingue l'individualità dell'oggetto.

Il mutarsi della forma in altra eterogenea o di diversa categoria estingue l'individualità dell'oggetto.

Tuttavia, se l'oggetto ha perduto la sua autonomia, si considera non riproducibile, qualora non conservi la forma iniziale, benchè riacquisti una forma omogenea.

---

(1) Vedi num. 2.

(2) Recentissimo Ch. APPLETON, *Hist. de la propriété prétorienne*, I, 1889, p. 123 n. 10; " la matière a disparu, il n'y a plus *lana*, mais *laneum corpus* ".

9. Ora ben possiamo brevemente indagare che avvenga, quando dalla cosa si stacchino delle parti. Qui bisogna distinguere due casi molto diversi: *a)* o rimane un pezzo, il quale ritragga ancora la forma primitiva e insomma si possa dire una deteriorazione, un'alterazione di quella; *b)* o, invece, nessuno dei pezzi rimasti rappresenta, sia pure imperfettamente, la cosa distrutta.

Nel primo caso il pezzo, che imperfettamente ritrae la cosa di prima, è la continuazione di essa; più esattamente, la cosa non ha mai cessato di essere, avendo soltanto subìto una alterazione di forma, che può considerarsi come un passaggio a forma della stessa categoria. Così se io levo da una nave delle tavole, ma lascio intera la carena [1], questa si concepisce come la continuazione della nave; se io levo un braccio ad una statua o una ruota ad un carro, non estinguo certo l'individualità di quella statua o di quel carro. Nel modo stesso che ciò che s'incorpora per accessione ad una cosa non ne fa cessare l'identità, così ciò che si toglie ad una cosa pur lasciandone sussistere la parte essenziale non la fa perire. Scrive Pomponio, D. 34, 2, 14: « si statuam legavero et postea ex alia statua brachium ei adiecero, omnimodo statua a legatario vindicari potest »; cioè tale aggiungersi e incorporarsi di una nuova parte integrante non distrugge quella permanente identità dell'oggetto, che occorre per il legato *per vindicationem*. I pezzi invece staccati, che prima non avevano alcuna esistenza autonoma, sono cose nuove. Nel secondo caso, quindi, la cosa originaria deve stimarsi affatto estinta; i pezzi sono tutti enti nuovi che dalla separazione cominciano la loro esistenza. Le tavole detratte dalla nave, il braccio tolto ad una statua, la ruota tolta ad un carro sono cose affatto nuove, che nulla hanno a che fare con la cosa da cui sono state levate. Tanto è vero che, se esse avevano prima di congiungersi un'esistenza autonoma, in molti casi possono durante l'unione conservarsi potenzialmente nella primitiva condizione giuridica e ritornarvi di fatto mediante la separazione. Non c'è differenza essenziale fra il dare nuova forma ad una cosa, sì da creare un oggetto nuovo, e lo staccare parte di una cosa. Nell'uno e nell'altro

---

[1] Cfr. i testi citati nella mia *Teoria gen. dei legati*, p. 594 sg.

caso abbiamo creazione di un oggetto nuovo per trasformazione di uno preesistente: la sola differenza è che nel primo caso la trasformazione [1] è totale, nel secondo è parziale. La opinione diffusa fra gli antichi giuristi romani, accolta da Gaio nelle sue Istituzioni e ripetuta nelle giustinianee, che cioè sia lo stesso fenomeno il levare i grani dalle spighe come fare un vestito con la lana o un vaso d'argento, mostra la verità di questa mia osservazione. Se Gaio (stando almeno al corrottissimo D. 41, 1, 7, 7) ha poi mutato parere, è per la ragione che i grani, secondo il suo nuovo modo di vedere, non sono uniti come parte integrante alla spiga matura; essi hanno già una esistenza autonoma e (com'è infatti) sono semplicemente racchiusi, come il denaro in una borsa. Colui che batte le spighe non stacca i grani, ma solo li fa uscire *(excutit)*; non dà ora esistenza autonoma a ciò che prima non l'aveva, ma mette in luce quanto già perfettamente esisteva: « cum enim grana, quae *spicis continentur, perfectam habeant suam speciem* [2], *qui excussit spicas non novam speciem facit, sed eam quae est detegit* ». Se io spremo l'uva, non solo il mosto, ma anche le vinacce si considerano come cosa nuova [3] e si trattano alla medesima stregua delle altre cose nuove derivanti da trasformazione di antiche. La recente contraddizione dello Czyhlarz [4] non deriva che dal falso punto di partenza dell'autore, di cui in seguito dovremo occuparci. Basti intanto osservare che il mosto non ancor fermentato e l'olio spremuto dalle olive sono tanto una parte dell'uva e delle olive come della prima sono le vinacce. E la farina non è forse il risultato della scomposizione del grano in piccole parti? Eppure nemmeno lo Czyhlarz ha dubitato mai di aver qui veramente a che fare con una nuova specie.

Lo staccare da un animale ucciso i pezzi di carne, la pelle, le corna etc. è precisamente un fenomeno della stessa natura;

---

(1) Trasformazione è anche il distacco, giacchè il pezzo staccato ha una forma autonoma, che ora solo viene in considerazione.

(2) *Perfectus*: " autonomo, indipendente ", come, per esempio, *integer* in D. 41, 3, 30, 1.

(3) D. 13, 1, 14, 3. 47, 2, 52, 14: " si quis massam meam argenteam subripuerit et pocula fecerit — — — idem est et in uvis et in musto et in vinaceis ".

(4) *Eigenthumserwerbsarten*, I, pp. 256 e 263.

benissimo l'opinione probabilmente tuttora dominante vede qui la creazione di specie nuove (1). Il Sulzer, il quale, per vedere se c'è produzione nel senso dei giuristi romani, consulta il Roscher e lo Stuart Mill e fa una curiosa miscela di idee romane e moderne, di principii giuridici e di opinioni economiche, doveva naturalmente negare che qui vi sia specificazione (2); ma non era da attendersi che le sue malsicure orme calcasse lo Czyhlarz (3). Malamente anzitutto lo Czyhlarz mette insieme il caso di chi uccide un animale. La semplice uccisione non è in alcun modo creazione di cosa nuova; si ha tuttavia l'antica cosa in uno stato diverso. Invece il separare la pelle, la carne, etc. è veramente un dare esistenza a cose, che prima non erano, mediante la trasformazione di cosa preesistente. Giuliano in D. 13, 1, 14, 2 fa la questione se « bove subrepto et occiso » si possano *condicere* « corium et caro »: la *ratio dubitandi* non può essere altra, se non quella che qui si ha una cosa diversa dalla prima. Tanto è vero che nel § 3 il giurista continua: « *idem iuris* est uvis subreptis; nam *et mustum et vinacia* iure condici possunt ». Anche qui infatti abbiamo la creazione di cose nuove nella medesima guisa; e il mosto è proprio arrecato anche nei passi, in cui si parla della cosiddetta specificazione. Dire che l'*idem iuris* si riferisce alla *condictio furtiva*, non alla *specificatio*, non è certo un confutare l'argomento che si deduce dal passo. Qui io non voglio ancora discutere sul concetto di specificazione; più avanti lo farò e allora si vedrà anche meglio la ragione di queste mie osservazioni. Mi basti solo avvertire come i due casi sieno perfettamente affini: creazione di nuova cosa per scomposizione dell'antica. Che di nuova cosa si tratti, con maggiori o minori difficoltà e sforzi, anche gli avversari si riducono a confessare (4). Del resto ripeto: che differenza c'è fra il macellaio che stacca i pezzi di carne dal cadavere del bue e il mugnaio che macina il grano? L'uno e l'altro non fanno che scomporre in parti minori la cosa per comodità dei

---

(1) Cfr. Fitting, loc. cit., p. 15.
(2) *Der Eigenthumserwerb*, p. 60 sgg.
(3) Op. cit., I, p. 261 sg.
(4) Per es. Sulzer, op. cit., p. 61.

consumatori. Eppure in quanto alla farina le fonti non hanno permesso di sollevare questioni.

10. Stando alle cose osservate nel precedente numero, è chiaro che sotto il medesimo concetto cade la separazione dei frutti dalla cosa madre. Naturalmente i frutti, oltre che parte dalla cosa madre, ne sogliono essere un prodotto organico. Ma non necessariamente; vi sono casi in cui il frutto è nè più nè meno che una mera parte dalla cosa, per es. le pietre che si cavano da una miniera.

Comunque siasi, la materia dei frutti è soggetta a regole particolari, le quali però, come vedremo, si spiegano appunto con i cardini della nostra teoria, tanto sono lungi dal recarle ostacolo! L' idea di avvicinare la separazione dei frutti alla creazione di nuova specie per trasformazione della cosa non è certo nuova; ma, ch' io sappia, non fu mai chiaramente esposta, nè sotto l' unico aspetto vero.

11. Il dominio aderisce, come dicevamo, alla cosa quale individuo; con il perire della cosa si estingue. Scrive il Sulzer [1]: « der Gegenstand des Eigenthums, das, was dem Eigenthümer kraft seines Eigenthums gehört *(suum est)*, ist die körperliche Substanz der Sache, des *corpus*, nicht bloss die *species*, die dem *corpus* seine Form giebt ». Ma se crede di aver fatto una scoperta s' inganna: *corpus* non vuol dir punto « die körperliche Substanz », vuol dire invece la cosa-individuo, ossia la sostanza individualizzata in quella forma [2]. Cfr. D. 7, 1, 2: « Est enim ususfructus ius *in corpore* ». Niuno dirà che l' usufrutto aderisca alla materia, di cui la cosa si compone; esso aderisce certo alla cosa come individuo. Così in D. 10, 4, 9, 3 la fusione di uno *scyphus* nella massa metallica si definisce una *translatio rei in aliud corpus*! Da ciò appare che, per scrivere di diritto romano, non basta leggere i moderni economisti: bisogna almeno conoscere il *Corpus iuris!* Anche lo Czyhlarz [3] non trova parole sufficienti per deplorare l' errore « per cui si considera come oggetto del diritto reale

---

[1] Op. cit., p. 31 sgg.
[2] Con i criteri riassunti al num. 8.
[3] Op. cit., p. 267.

la *species*, ossia la materia in una determinata forma ». Solo l' usufrutto e l' uso aderiscono ad una data *species*: « tutti gli altri diritti reali aderiscono alla sostanza di una cosa, ossia alla qualità fisico-chimica, in quanto forma un individuo per sè stante » (1). Ma tale dottrina non si concilia punto con quanto insegnano le fonti. Noi abbiamo visto che può mutare tutta la sostanza di una cosa senza che il dominio cessi; io posso mutare tutta la materia di una nave o di un armadio senza detrimento del dominio. Dunque, che il dominio sia alla sostanza inerente, non è vero. Osta a tale dottrina pure l'opinione dei proculiani, fondata, come si sa e come torneremo a dire, sulla ragione, che la nuova specie assunta da una cosa la costituisce una cosa nuova e fa tramontare l' antico dominio: « quia quod factum est antea nullius fuerat » (D. 41, 1, 7, 7). Almeno dunque nell' opinione proculiana il dominio non si annetteva alla sostanza: e neppur nella *media sententia*, almeno in quanto essa segue la prima. I conati del Sulzer (2) contro l' importanza di questo argomento non trovarono eco neppure presso lo Czyhlarz (3). Ma si vegga di più. Evidentemente, come il Fitting aveva bene inteso, per quanto poi si lasciasse traviare da una fallace ricostruzione storica (4), la disputa fra le scuole non concerneva il punto se il dominio fosse estinto o no, ma a chi il dominio della cosa nuova spettasse. Ciò da Gaio appare con ogni evidenza. Si noti anche, come già il Fitting ha notato (5), che egli riferendo la ragione dei proculiani non usa il verbo al congiuntivo, come avrebbe dovuto fare se il principio fosse stato ammesso solo da loro *(nullius fuisset)*, ma usa l' indicativo *(fuerat)*: il che mostra che questo principio non era discusso. Ciò esige la sintassi latina, che Gaio non avrebbe trascurato. Nè giova opporre (come gli avversari fanno) il testo gaiano 2, 79, ove, esponendosi il fondamento della teoria sabiniana, si dice: « cuius materia *sit*, illius et res, quae facta sit, videatur esse ». Questo passo non prova nè che Gaio fosse trascurato nell' uso dei

(1) Cfr. Leist, *Natur des Eigenthums*, p. 132 sg.

(2) Op. cit., p. 123 sg.

(3) Op. cit., p. 315 sg.

(4) Op. cit., p. 161 sg. e 175.

(5) Op. cit., p. 175.

tempi e dei modi a questo riguardo, nè che egli ammettesse la permanenza dello stesso dominio. Infatti, considerandosi la cosa in astratto, è chiaro che non si bada alla successione cronologica del fenomeno. Sarebbe come se io scrivessi: « colui che è padrone della cosa originaria lo diventa di quella che ne deriva ».

Se il dominio aderisce alla sostanza, perchè perisce il dominio di una nave che venga disciolta e poi con le medesime tavole ricostruita? Perchè non torna ad essere mio l'agro tramutato in stagno, che poi nuovamente si prosciughi? Il dominio è cessato « quia et ille ager qui fuerat desiit esse *amissa propria forma* » (D. 41, 1, 7, 5). Si adducano poi qui con coraggio i numerosi testi concernenti l'estinzione dell'usufrutto, di parecchi dei quali si è fatta parola. L'asserzione degli avversari, che l'usufrutto aderisca alla specie e gli altri diritti reali alla sostanza, è infondata. L'usufrutto è un *ius in corpore* (D. 7, 1, 2), e cioè ha il medesimo oggetto del dominio, di cui anzi appare quasi una parte. Ma esso cessa anche se la cosa non è più atta all'uso, cui era destinata: può quindi cessare, pur permanendo la cosa. Se, per es., alla selva sono sostituite seminagioni, benchè la cosa principale, ossia il fondo, rimanga, l'usufrutto si estingue; così se l'edificio per bagni è mutato in abitazione, e così via (D. 7, 4, 10, 4; 12 pr.). Ma perchè si estingue l'usufrutto su vasi di argento che vengono fusi e quindi restituiti alla forma di prima? Qui servono precisamente allo stesso uso di prima: una semplice interruzione nella possibilità dell'uso non estingue l'usufrutto (arg. a contr. D. 7, 4, 10, 2); se l'usufrutto tuttavia si estingue per la ragione che non son più quei vasi (D. 7, 1, 36 pr.), la ragione è estensibile a tutti i diritti reali, i quali hanno il medesimo oggetto, in quanto la loro natura non apporti limitazioni particolari.

12. Per noi è naturalmente indifferentissimo, per quanto concerne l'estinzione del dominio, il modo con cui una specie si trasforma in un'altra. Avvenga ciò per caso o leggi naturali, avvenga per fatto del domino o di un terzo, è sempre vero che *id quod factum est antea nullius fuerat,* è sempre vero che la cosa vecchia è sparita ed il vecchio dominio tramontato. Resta a chiedere chi diventerà domino della cosa

nuova. Noi troviamo che i romani disputarono di ciò solo nel caso che un terzo fosse autore della nuova specie; negli altri casi hanno sempre ritenuto che domino fosse il proprietario della *materia*, ossia della cosa originaria donde la nuova è stata ricavata. Distinguere fra il caso in cui la specie nuova sorga per opera di un terzo e quello in cui sorga per altra via, come i più fanno, è in sè affatto illogico, e non trova poi nelle fonti nessun appiglio. Trova anzi argomenti contrari. Labeone si propone la domanda se la tintura di una stoffa importi *nova species* e quindi tramonto dell' antico dominio. La risolve negativamente e continua: « *nihil interest* inter purpuram et eam lanam, quae in lutum aut caenum cecidisset atque ita pristinum colorem perdidisset » (D. 41, 1, 26, 2); cioè: « se si ammettesse che diventa una *nova res* la lana intinta di porpora, bisognerebbe ammettere lo stesso per la lana candida caduta nel fango, che più non conserva la pristina bianchezza »: anche questa sarebbe una *nova res* e s' intenderebbe estinto su di essa il dominio di prima e sortone uno nuovo. Paolo riferisce questo ragionamento labeoniano e nulla trova da ridire. Naturalmente i moderni, che ordinariamente si sono fatta un' idea molto diversa della cosa, si scandolezzano davanti a questo passo [1]. È vero che le fonti nei testi, che si citano come fondamentali per la cosiddetta specificazione, si occupano del caso che un terzo sia l' autore della nuova specie. Ma ciò è ben naturale, dacchè ivi esse trattano del conflitto fra due possibili domini della cosa nuova [2]; non mancano tuttavia altri testi da cui si possa dedurre pienamente che il trapasso di una specie in un' altra implica anche mutamento di dominio.

13. Io quindi ammetto che sempre, quando sorge una cosa nuova per trasformazione [3] totale o parziale di un' altra, ci

---

[1] Purtroppo anche il PERNICE, *Labeo*, II, 150 n. Il SULZER, op. cit., p. 6, parla intrepidamente dell' errore di Labeone; lo CZYHLARZ, op. cit., p. 265, rileva l' " unzutreffender Grund "; a me par meglio dar retta ai testi che non rimproverare gli autori, quando non s' acconciano al nostro modo di vedere.

[2] Così si elimina l' osservazione dello CZYHLARZ, op. cit., p. 267.

[3] Sul significato che io annetto a questa parola ved. *supra* [p. 50 sgg.].

sia il sorgere di un nuovo dominio. La costruzione giuridica di questa dottrina darò subito dopo aver brevemente passato in rassegna le più recenti opinioni in proposito.

14. La teoria contraria, per cui il dominio « inerendo alla sostanza della cosa » segue quella in tutte le sue evoluzioni e trasformazioni, oppone che si dovrebbe insieme al dominio sulla cosa originaria fare estinguere ogni altro diritto reale. E noi non abbiamo difficoltà ad accettare tale conseguenza. Essa anzitutto per l'usufrutto e l'uso è, come lo stesso Czyhlarz (1) confessa, « unbestritten » e « unbestreitbar ». Noi già ci siamo pronunciati contro la consueta osservazione che ciò dipenda dalla particolare natura di questi diritti reali. E infatti essi non differiscono in questa parte dagli altri diritti reali se non in ciò che la loro durata dipende, oltre che da quella della cosa, anche da quella della possibilità dell' uso originario. Non sempre la trasformazione toglie questa possibilità; anzi molte volte la conserva immutata (2). *Quid* se io fondo un cucchiaio di argento per renderlo più comodo, un vaso per dargli una forma più elegante, etc.? Vuol dire che il proprietario sarà tenuto in vario modo a risarcire l'usufruttuario, nel caso che egli sia stato l'autore della *mutatio rei*; ma l'usufrutto sempre si dovrà riputare estinto (D. 7, 4, 5, 2).

Dicasi ugualmente del pegno. È noto come « re corporali extincta » (D. 20, 6, 8 pr.) il pegno si estingua; nè si potrà certo riferire quella frase alla mera sostanza; basterà che la cosa siasi estinta giuridicamente, come sopra si è visto. Paolo (29 *ad ed.*, D. 13, 7, 18, 2) insegna come il pegno segua, a mo' degli altri diritti reali, la cosa o, poichè vi s' incorpora, il dominio. Il pegno costituito sulla nuda proprietà abbraccia poi anche l' usufrutto che si consolidi; mentre per le alluvioni del fondo ipotecato anche il diritto aumenta di contenuto. Ma invece non s' attiene alla mera sostanza. E quindi « si quis caverit ut silva sibi pignori esset, navem ex ea materia factam non esse pignori Cassius ait, quia aliud sit materia, aliud navis » (§ 2 ib.). Ipotecata è una selva, o meglio (come appare dal testo che

(1) Op. cit., p. 278.

(2) Si pensi all'esempio, dato proprio nei testi, delle tazze d'argento fuse e poi ripristinate nella originaria figura!

qualifica come *materia* l'oggetto vero del pegno) sono ipotecati gli alberi di una selva (« in vista della loro futura separazione dal suolo, come cose future » : D. 20, 1, 15 pr.) (1). Con questo legname ipotecato viene fabbricata una nave. È questa compresa nel vincolo? Cassio aveva risposto che no. La ragione non è altra se non che la cosa di prima è estinta ed ora ne è sorta un'altra affatto diversa: *aliud materia, aliud navis*. A questa interpretazione (o almeno a interpretazioni analoghe) s'è opposta la qualità di sabiniano in Cassio; ma noi diremo, a suo tempo, che tale qualità concorre anzi a spiegare la sua decisione, giacchè non è affatto vero che per questo punto i sabiniani pensassero diversamente dagli altri. S'è opposto che qui c'è una tacita volontà delle parti, per cui s'intendono esonerati dal pegno gli oggetti fabbricati con il legname. Lo Czyhlarz, correndo alacremente il vasto campo delle congetture, è perfino giunto a persuadersi che il proprietario degli alberi fosse di professione un costruttore di barche (2). Il male è che non è detto nel testo neppure se sia stato il proprietario degli alberi o un terzo, colui che in buona o mala fede ha lavorato quel legname! Dal che si potrebbe arguire (e s'arguirebbe rettamente) che tale circostanza è pienamente indifferente: infatti il giurista avrebbe detto senz'altro essere la ragione quella che per volontà delle parti s'intenda tacitamente rimesso il vincolo di pegno, qualora il proprietario lavorasse il legname. E se tale accenno alla volontà delle parti si fosse contenuto nel testo, lo avrebbero indubbiamente mantenuto i giustinianei, i quali spesso non si peritano di intrudere tali accenni nei passi, sciupando i ragionamenti dei giuristi classici. Cassio, ben lungi dall'invocare la tacita volontà, dice semplicemente che la nave non è la cosa stessa del legname; che questo pertanto si è estinto, e con esso il relativo pegno. Ci vuol dire dunque, per chi non ha pregiudizi, che il pegno

---

(1) Nella l. 18 § 3 si potrebbe benissimo rendere addirittura *silva* (ὕλη) per " legname da costruzione ". L'accezione non è insolita negli scrittori latini. Paolo usa come indifferenti *silva* e *materia* (per es.: " ut *silva* ..... navem ex ea *materia* factam cet. "), proprio come il greco ὕλη. *Materia* qui non può esser certo il bosco (come crede lo CZYHLARZ, op. cit., p. 283): cfr. D. 32, 55 pr.; 56; 57.

(2) Op. cit., p. 282.

non è inerente alla sostanza, ma alla *species*, ossia alla cosa-individuo. Se si voglion comprendere nel vincolo pur le cose che con il legname si fabbricheranno, queste si dovranno pignorare espressamente, come cose future: « quaeque ex silva facta natave sint », ossia « tutto ciò che per opera d'uomo o per fatto naturale si formerà con quel legname ». Si pensi, ad es., che il fuoco casualmente appiccatosi trasformi quel legname in un mucchio di carbone. Io non nego che in molti casi si potrà ritenere compresa nel vincolo di pegno anche la nuova specie, senza bisogno di speciale pattuizione, potendosi ritenere tacitamente pignorata anche la futura specie. È una *quaestio facti*. È del resto inutile intenerirsi davanti alla sorte del creditore che per il fatto del debitore viene a perdere il pegno: la natura delle cose è più forte delle comodità degli uomini. Il creditore poteva provveder meglio ai casi propri non lasciando la cosa in mano a un debitore poco onesto, il quale poteva pure occultarla e rendere irrita di fatto la persecuzione del creditore, oppure distruggerla etc. Inoltre, il debitore deve anche badare ai casi propri, giacchè fra le altre azioni si esporrebbe pure a quella di furto (cfr. D. 47, 2, 19, 6). Finalmente, un creditore non melenso, prevedendo le probabilità di trasformazioni della cosa che pur vuol lasciare in mano al debitore, provvede con opportune pattuizioni (1).

Circa le obbligazioni poi, dove non è assolutamente necessaria la permanente identità dell'oggetto e dove a estendere il vincolo può bastare anche un nesso meramente intellettuale di cosa a cosa (2), è naturale che non si possa pattuire come massima che la trasformazione dell'oggetto estingua il rapporto. Qui, entro certi limiti, è lecita un'indagine sulla volontà delle parti. A me basti solo accennare fuggevolmente come vadano troppo oltre i moderni nel concretare nel suo oggetto l'obbli-

(1) Anche il possesso va perduto " si id quod possidebam in aliam speciem translatum sit „ e senza distinguere come e da chi siasi operata tale traslazione (Paul., D. 41, 2, 30, 4). Anzi, a ben vedere, si esclude che tale traslazione siasi operata da un terzo, giacchè allora il possesso sarebbesi perduto prima, dal momento in cui il terzo s'è accinto a trattar la cosa come sua. Questo contro lo Czyhlarz, op. cit., p. 274.

(2) Cfr. la mia *Teoria gen. dei legati*, p. 597.

gazione specifica; con una tale strada non si spiegherà mai come la *datio in solutum* operi *ipso iure* estinzione.

16. Ormai non può essere dubbio che noi concepiamo il dominio sulle parti staccate di una cosa come un dominio nuovo, perchè noi concepiamo tali cose come affatto nuove, prima inesistenti giuridicamente. E per conseguenza noi intendiamo essere il dominio sui frutti separati distinto e diverso da quello competente sul fondo. La frase dei giuristi romani, per cui il domino « suos fructus *facit* » (D. 22, 1, 25 pr.), è, a nostro credere, del tutto esatta (1). Che i romani considerassero del resto i frutti staccati come cose nuove, in una distinta condizione giuridica da quella della cosa madre, è per vari testi sicuro. È stato citato fino alla noia il frammento ulpianeo in D. 44, 2, 7, 3. Ivi il giurista comincia ad osservare che tanto i *fructus* quanto il *partus* prima della separazione « nondum erant in rebus humanis », ma hanno solo una causa sostanziale nella cosa madre (« ex ea re sunt quae petita est »). Ne conchiude che la sentenza concernente la cosa madre non fa per essi cosa giudicata. Questo testo ha una forza probante non già per l'*exceptio rei iudicatae*, che viene negata (giacchè questa potrebbe accordarsi o negarsi indipendentemente dalla questione che ora ci preoccupa); ma per la recisa asserzione che i frutti e il parto non erano « in rebus humanis » durante la loro unione alla cosa madre (2): non avevano cioè alcuna autonoma esistenza, che venisse giuridicamente in considerazione. Dire con lo Czyhlarz che qui si ammette che al tempo della revindica della cosa madre « i frutti non erano ancora nati, il parto non ancora concepito » (3) non è esatto. Secondo la proposta mommseniana, che s'impone per la sua evidenza (4), la nostra questione è messa a pari con l'altra « si quis fundum petierit, mox arbores excisas ex eo fundo petat, aut insulam petierit deinde aream petat etc. » (D. eod., 7 pr.-1). Ora, qui certo la cosa domandata esisteva naturalmente al tempo della revindica; solo non aveva esistenza autonoma che venisse

---

(1) Cfr., per es., D. 20, 1, 15 pr.: " quae nondum sunt, futura tamen sunt — — —, ut fructus pendentes, partus ancillae, fetus pecorum ".

(2) Da *plane* ad *obiciendam* abbiamo sicuramente un emblema.

(3) Op. cit., p. 401.

(4) Si veda infatti l'ordine delle risposte e del ragionamento.

giuridicamente in considerazione. E infatti le parole *conceperit et* vanno cancellate, come il Mommsen ha visto, altrimenti sarebbe assurda l'espressione « si ancillam preagnatem petiero » e sarebbe assurdo il mettere questo caso insieme a tutti gli altri. Il passo dice dunque così:

« ... si quis fundum petierit, mox arbores excisas ex eo fundo petat, aut insulam petierit, deinde aream petat, vel tigna vel lapides petat: item si navem petiero, postea singulas tabulas vindicem: item si ancillam praegnatem petiero et post litem contestatam pepererit, mox partum eius petam: utrum idem petere videor an aliud, magnae quaestionis est ».

Il resto del passo è certo assai scompigliato. È chiaro che il giurista osserva in genere che tali cose hanno un' esistenza propria e nuova, da non confondersi con quella della cosa prima chiesta. E, trattandosi di cose nate con la separazione, fa la questione se la sentenza circa la cosa madre faccia a loro riguardo cosa giudicata. La questione poi si risolverà affermativamente o negativamente, secondo che apparirà o meno che « apud iudicem posteriorem id quaeritur, quod apud iudicem priorem quaesitum est » (D. eod. 7, 1). Anche la nota critica di Scevola al ragionamento di Marcello (apud Ulp., 16 *ad ed.*, D. 41, 3, 10, 2) mi pare che confermi la tesi qui sostenuta. Io non entro affatto ora nel merito della decisione, nè insisto sullo svolgimento del relativo punto di diritto in Roma. Osservo solo che lo spirito dell' osservazione scevoliana si racchiude in queste poche parole: « non si può argomentare circa la condizione giuridica del parto dell' ancella o del feto degli animali da ciò soltanto, ch' essi erano uniti alla cosa madre. Finchè ne erano parte, giuridicamente non esistevano; dacchè se ne staccarono, cessarono di esserne parte ed ebbero un' autonoma esistenza ». Chiunque, dico, non abbia pregiudizi troverà impossibile intendere diversamente; la moderna esegesi dello Czyhlarz [1] avrà sicuramente pochi fautori.

17. È tempo ora di riassumerci. Qualunque trasformazione (nel senso da noi spiegato) parziale o totale di una cosa dà origine ad una cosa nuova: sulla quale non continua il do-

---

(1) Op. cit., pp. 403-07.

minio di prima, ma sorge un dominio nuovo. Aggiungiamo ora che di regola — quando cioè non concorrano altre ragioni (1) — il dominio della cosa nuova spetta al domino dell' antica. La ragione teoretica qual' è ? Per alcuni non sarebbe possibile il darla : lo Czyhlarz (2) afferma « che è illogico e contradditorio all' essenza della proprietà l' ammettere una efficacia creatrice nel dominio ; che la proprietà, come tale, è improduttiva e che non si può generare da essa una nuova proprietà ». Non saremo noi che ci spaventeremo per queste parole. Più modestamente aveva sentito ed espresso la difficoltà il Brinz (3). Egli in verità non si riferisce che alla teoria fittinghiana (di cui più avanti), per cui i Sabiniani antichi avrebbero ritenuto che il domino dell' antica specie acquista sulla nuova un nuovo dominio ; e scrive: « questa nuova categoria di acquisto (del dominio), che con ciò si sarebbe introdotta, dovrebbe pure avere un nome e un posto nel sistema ». Il Windscheid (4) tenta di risolvere il problema, perchè il domino che trasforma la cosa sua acquisti il dominio della specie nuova ; e dice che il fondamento dell' acquisto è il lavoro. Con ciò verrebbe tutt' al più risolto un caso particolarissimo del nostro vasto tema ; e neppur questo convenientemente. Giacchè il domino può trasformare in mille modi la cosa, senza lavoro. E, d' altra parte, come si riesce a spiegare perchè il domino dell' antica specie acquisti il dominio sulla nuova cosa non prodotta da lui ?

Il problema non s' intende bene se non posto nella sua generalità. Qui lasciamo fuori i casi, in cui altri che non sia il domino dell'antica acquista il dominio sulla cosa nuova (5) ; domandiamoci solo perchè, in genere, avviene che, nata per trasformazione (nel senso nostro) totale o parziale di una cosa una cosa nuova, di questa sia domino il domino dell' antica. Prima di affrontare il quesito, rimoviamo subito l' osservazione del Brinz. Noi sogliamo classificare in modo tralatizio i modi di acquisto del dominio ; tutti però sanno che le categorie che si trovano nei nostri trattati non erano così nominate

(1) Vedi num. 18 sgg.

(2) Op. cit., p. 398.

(3) *Pandekten,* I², § 149.

(4) *Pandekten,* I⁶, § 248 n. 10.

(5) Vedi num. 18.

nè così poste (almeno in parte) nei libri romani. *Specificatio*, per es., è parola che invano si cerca nelle fonti [1]. Finchè si trattasse di accettare una parola barbara consacrata dall' uso, poco male: il male si è che tale parola ha confuso l' idea. I romani non riconoscono una speciale genesi di nuovo dominio derivante dall' avere fabbricato una nuova specie; questo è per essi un caso particolare della questione: a chi spetta in genere il dominio di una nuova specie, sorta comunque? Sta bene che in alcuni punti le fonti si occupino precisamente di questo caso: ma è perchè qui si presentano come possibili due proprietari della specie nuova, non perchè solo qui vi sia specie nuova e acquisto di nuovo dominio.

Per mostrare come le nostre categorie sieno poco romane, si getti, per es., uno sguardo sulle *res cottidianae* di Gaio (D. 41, 1, 7; 9). L' autore comincia a discorrere dei casi d' incrementi alluvionali, d' isola nata, di alveo derelitto, e poi passa (senza veruna interruzione) alla fabbricazione di nuova specie, alla commistione e confusione, all' inedificazione e implantazione in fondo altrui, alla scrittura e pittura su materiale altrui. Non v' è mai un cenno che dinoti il cominciare di un nuovo argomento. Invece c' è un distacco fra la dottrina dell' occupazione e gli accennati argomenti. Gaio (D. 41, 1, 3 pr.) comincia la dottrina dell' occupazione così: « Tutti gli animali etc. sono degli occupanti: *quod enim nullius est, id ratione naturali occupanti conceditur* ». In modo analogo s' inizia il discorso sulla preda bellica (D. eod. 5, 7): « item quae ex hostibus capiuntur iure gentium statim capientium fiunt ». Una simile frase usa egli aprendo quella serie di argomenti, e cioè (D. eod., 7, 1): « Praeterea quod per alluvionem agro nostro flumen adicit, *iure gentium nobis adquiritur* ». E similmente alla fine di essa, cominciando a parlare della tradizione, dice (D. eod. 9, 3): « Hae quoque res, quae traditione nostrae fiunt, *iure gentium nobis adquiruntur* ».

Ciò mi pare che illumini il nostro tema. I romani vedevano due specie di acquisto originario del dominio: una che può dirsi « occupazione » e l' altra che potrebbe intitolarsi « attrazione del dominio ». È cioè una serie di casi in cui uno diventa domino di una cosa per il semplice fatto che è proprie-

---

[1] [Vedi *Brachyl.* 2, 5: *de specificatione;* e FERRINI, *Pandette*, p. 366].

tario di un' altra [1]: la cosa accresce soltanto il contenuto del suo dominio, se viene a incorporarsi con l' altra attraente; diviene invece oggetto di un nuovo e particolare dominio, se tale incorporazione non ha luogo. Talora avviene che, pur in questa seconda ipotesi, i due dominii coesistano (si pensi, per es., all' acquisto dei frutti), poichè coesistono le due cose; talora invece non sussiste che il nuovo, per essersi l' antica cosa estinta e con essa il dominio relativo. I romani hanno certamente sentito questa forza di attrazione del dominio: che cosa altro vogliono dire quelle loro frasi: « quidquid solo inaedificatur solo cedit », « in accessionem tabulae cedere » etc.? Niuno, a mio avviso, ha espresso felicemente il concetto meglio di Paolo, il quale, discorrendo dei casi in cui (secondo il linguaggio moderno) ha luogo accessione, usa la frase: « *mea res per praevalentiam alienam rem trahit meamque efficit* ». E il fondamento di questa legge di attrazione è ben naturale. Il dominio, dicevamo noi, s' incorpora nella cosa e ne segue le vicende. Ora, se la cosa è in tal rapporto con un' altra, da esserne determinata nella sua essenza o nella sua funzione, è palese che anche il dominio dovrà rispondere a tale condizione di fatto: e ciò ha luogo per quei fenomeni di attrazione. I quali possono essere molto diversi: apparentemente sembrano anzi talora opposti. Per es., io acquisto il dominio dell'albero che si congiunge con il mio terreno, degli incrementi alluvionali che si aggiungono al mio fondo, e dei frutti che si staccano dalla mia pianta. Eppure in tutti questi casi si esplica la stessa legge di attrazione. L' albero vive ormai del mio terreno, gl' incrementi alluvionali si sono formati e consistono grazie alla mia riva, il frutto ha causa sostanziale nella mia pianta. Senza il mio terreno non sarebbe quell' albero (« alio terrae alimento *aliam* factam! »), senza la mia riva non consisterebbe l' alluvione, senza la mia pianta non ci sarebbe quel frutto. Così dicasi della nuova cosa risultante per trasformazione totale o parziale dell' antica. Essa ha in questa la sua causa sostanziale, in tanto è in quanto questa era: precisamente con questa osservazione urgevano i Sabiniani, « quia sine *materia* [2] nulla species effici potest ». Che nell' un caso

---

[1] Qui facciamo sempre astrazione dai casi di cui al num. 18.

[2] Cioè cosa preesistente: cfr. num. 2.

una cosa sia congiunta all' altra in modo da costituire un sol tutto; che nel secondo (frutti) i due oggetti (determinante e determinato, attraente e attratto) coesistano separatamente; che nel terzo (per l' ipotesi almeno di trasformazione totale) la cosa determinante sia estinta e non resti che la determinata, sono modalità secondarie. Esse avranno naturalmente delle conseguenze rilevanti, ma non mutano l' unicità del principio ispiratore: « res mea per praevalentiam rem trahit meamque efficit ». Lascio fuori l' epiteto *alienam* perchè Paolo non si riferiva che a casi di accessioni, e ottengo la formula migliore del mio principio. Vuolsi vedere come Paolo veramente sentiva la portata del suo fondamento? Mi si permetta di anticipare un' osservazione. Nei casi in cui Paolo concede al domino della specie antica il dominio della nuova fabbricata da un terzo, egli motiva la decisione così: « ea (cioè tali nuove specie) materiae potentia victa numquam vires eius effugiunt » (D. 32, 78, 4), cioè: « tali cose sono ancora soggiogate dall' influenza della cosa originaria (noi si direbbe ‘ della causa sostanziale ’) e però non possono sfuggire alla sua forza di attrazione ». È dunque la cosa che trae l' altra per la sua « prevalenza »: è la cosa originaria, la cui potenza sopravvive e determina la condizione giuridica della cosa nuova. Così i romani si sono rappresentati il fenomeno.

18. Quando la cosa determinata ha una propria esistenza (non è cioè stata incorporata nella cosa attraente) si può considerare anche in modo diverso la sua condizione giuridica. Oltre la causa sostanziale può venire in considerazione la causa strumentale: quella cioè per cui la cosa nuova si è svolta da un'altra ed ha acquisito un proprio essere distinto. Una dottrina che almeno rimonta a Labeone e che fu, come vedremo, quella dei Proculiani, nella particolare ipotesi di chi trae una specie nuova dalla cosa altrui, conferisce all'autore della nuova specie il dominio su di essa, in vista appunto del nesso causale che intercede fra l' esistenza di questa e l' opera di quello, « quia quod factum est antea nullius fuerat », e viene alla luce per il fatto dell' autore. Questo nesso causale s' impone ai seguaci di tale opinione più che non la causalità sostanziale insita nella vecchia specie: la quale invece si imponeva ai seguaci della teoria opposta « quia sine materia (‘ cosa preesistente ’)

nulla species effici potest ». È dunque un conflitto di preponderanza fra due causalità (1); la teorica del Fitting, che attribuisce all'autore della nuova specie il dominio perchè egli occupa una *res nullius*, non solo incontra notoriamente molte difficoltà e non si accorda con gli altri punti di questa materia, ma non risulta rispondente neppure al testo di D. 41, 1, 7, 7, se ben meditato in tutta la sua connessione. Altrettanto fallace è però l'opinione per cui i Proculiani avrebbero voluto premiare il lavoro economicamente considerato. Quest'idea è soprattutto espressa e svolta fino alle più esagerate conseguenze dal Sulzer (2), ma si trova in molti scrittori (3). In certo senso si può dire che le teorie dell'occupazione e del lavoro si contendono e dividono il campo (4). Ora, non si può chiamare lavoro in senso economico il fondere un bel vaso di metallo nella massa greggia, il frangere in tanti pezzi un vaso di cristallo. Eppure la massa di metallo e i frantumi di cristallo sono specie nuove prima inesistenti come tali, di cui (per la dottrina proculiana) spettava il dominio a chi le aveva poste in essere. Infatti nelle fonti non si distingue mai tra lavoro utile e inutile o dannoso, tra miglioramenti e deterioramenti in senso economico. Non a caso in D. 7, 4, 10, 6 si mette accanto « ornamentum *dissolutum aut transfiguratum* », in D. eod. 10, 5 si parifica il caso dei vasi fatti con la massa e dei vasi in massa ridotti; e così via. Si tratta solamente di constatare un rapporto di causalità. Di ciò vedremo meglio a suo tempo, e studieremo il modo con cui la *media sententia* ha procurato di contemperare i due principii.

19. I principii suaccennati non si applicarono in maniera uniforme ai frutti. Il trattamento dei frutti è notevolmente diverso da quello delle altre parti integranti di una cosa, che con la separazione acquistano un'autonoma esistenza. I frutti

(1) In sostanza, ha visto il vero lo CZYHLARZ, op. cit., p. 314, quando nel contrasto fra le due scuole ha notato “ den Gegensatz zwischen Substanzial- und Creationsprinzip „. Ma peccato che egli poi non sia logico e che egli pure confonda la dottrina puramente giuridica con i “ wirthschaftliche Verhältnisse „!

(2) Op. cit., p. 124 sg.

(3) Vedi citazioni in WINDSCHEID, *Pand.*, I6, § 187, n. 2.

(4) Cfr. WINDSCHEID, loc. cit.

infatti, benchè non sieno effettivamente che parti di una cosa le quali soltanto mediante la separazione cominciano giuridicamente ad essere (cfr. D. 6, 1, 44: « fructus pendentes *pars fundi* videntur »), pure si distinguono per due importanti caratteri dalle altre parti integranti (1). Tali caratteri sono:

a) che il frutto costituisce un normale e successivo vantaggio proveniente al domino della cosa (e nella massima parte dei casi il frutto è un prodotto organico di essa);

b) che il frutto suole derivare dalla cosa mediante l'opera dell'uomo, la quale non solo può agevolarne o anche compierne la separazione, ma concorre alla produzione medesima.

La dottrina pertanto si trovò davanti a difficoltà cospicue: bisognava conciliare l'esigenza del principio sostanziale con l'esigenza del principio creativo, e con i fini particolari cui il frutto è destinato a servire. Non pare che siasi mai fatta questione in Roma circa il prevalere del suolo in confronto del seme. Almeno Giuliano, 7 *dig.*, scrive (D. 22, 1, 25, 1) che « in percipiendis fructibus magis corporis ius ex quo percipiuntur, quam seminis ex quo oriuntur aspicitur (2): et ideo *nemo unquam dubitavit,* quin, si in meo fundo frumentum tuum severim, segetes et quod ex messibus collectum fuerit, meum fieret ». Il qual modo di considerare la causa sostanziale è perfettamente consono alle idee romane (3). E così Pomponio, citato da Ulpiano (D. 6, 1, 5, 2), scrive: « si equam meam equus tuus praegnatem fecerit, non esse tuum sed meum quod natum est ». Prevale anche in questo rapporto il principio medesimo. Di fronte a questo principio sostanziale abbiamo il principio creativo, che si ravvisa non nel porre il seme, non nel compiere la separazione, ma in quella *cultura et cura* complessiva, per cui il frutto nasce, prospera e matura. Probabilmente per

---

(1) Che il frutto fosse cosa prima inesistente, e quindi *nullius* nel senso in cui è detto essere stata *nullius* la *nova species* (" quia quod factum est antea nullius fuerat "), provano D. 41, 1, 2 e 6, che non si debbono del resto urgere in modo da dare alla voce *capere* troppa importanza.

Che qui si parli dei frutti naturali, è superfluo avvertire: gli altri sono *non ex ipso corpore, sed ex alia causa*, come dice egregiamente Pomponio (D. 50, 16, 121): cioè per essi non è da discorrersi di causa sostanziale.

(2) Cfr. D. 22, 1, 25 pr.: " omnis fructus non iure seminis, sed iure soli percipitur ".

(3) Cfr., per es., num. 6.

l'antico diritto romano il principio sostanziale prevaleva qui come altrove: oltre tracce più incerte, si può citare l'esempio dell'usufruttuario, nei riguardi del quale la dottrina stabilitasi verso la fine della repubblica determinò che egli acquistava i frutti solo con la percezione cui lo abilitava il suo diritto reale, non con la semplice separazione. Eppure si può ritenere che la massima parte delle volte i frutti sono nati per virtù della di lui *cultura et cura*. Si può citare anche la dottrina del *partus ancillae*, che solo nel VII sec. fu ritenuto non annoverabile tra i frutti. Contro il possessore si sarà data una *rei vindicatio* speciale (1) (risp. una *condictio*), senza distinguere tra buona e mala fede (2). Più tardi, dopochè si affermò il principio per cui il possessore fa suoi i frutti *pro cultura et cura*, e insomma si introdusse così la considerazione del principio creativo, troviamo nella giurisprudenza romana molte incertezze. La distinzione fra possessore di buona e di mala fede non si trova accertata che per l'età giulianea (3); nè pare siasi definitivamente fissata senza la grande autorità di Giuliano (4). Tale distinzione aveva del resto circa i frutti una buona ragione di essere, considerandosi che i frutti sono il normale prodotto della cosa e in gran parte lo scopo vero del dominio. Comunque, ai tempi di Giuliano era ancora molto controverso se nocesse all'acquisto dei frutti la mala fede *superveniens* (D. 22, 1, 25, 2). Egli decise: « bonae fidei emptor quod ad percipiendos fructus intellegi debet, quamdiu evictus fundus non fuerit »; ma più tardi tale opinione (che con certa esitanza era stata accolta da Pomponio: cfr. in Paul., D. 41, 1, 48, 1) fu abbandonata: Ulp., D. 41, 1, 23, 1 e Paul., fr. 48, 1 cit. Così pure sembra che in origine, quando si cominciò a dare importanza alla causa strumentale, si esigesse a rigore che il frutto fosse cresciuto e maturato per la *cultura et cura* del possessore: « Fruc-

(1) Cfr. RUDORFF, nota a PUCHTA, *Instit.*, II⁹, § 232.

(2) Che nessuno fosse tenuto per i frutti *ante iudicium acceptum* di fronte alla *rei vindicatio* e, prima del Giuvenziano, di fronte alla *hereditatis petitio*, è ormai riconosciuto. Cfr. soprattutto WETZELL, *Der röm. Vindicationsprocess*, p. 163 sgg. Qui si discorre dunque di azioni speciali per i frutti.

(3) Così anche PERNICE, *Labeo*, II, p. 165.

(4) Una traccia dei dubbi antichi io vedo anche nella costituzione antoniniana del Cod. Gregor. 3, 1, 1.

tus — — suos facit, illos tamen, quos suis operis adquisierit, veluti serendo: nam si pomum decerpserit vel ex silva caedit, non fit eius, sicuti nec cuiuslibet bonae fidei possessoris » (D. 22, 1, 45) (¹). Io non mi preoccupo affatto del modo di considerare il testo nel diritto giustinianeo; solo osservo che ha perfettamente ragione il Windscheid nel riconoscere come unica lecita la versione dei Basilici («come di niun altro possessore di buona fede»). In ciò mi spiace di non essere d'accordo con il Pernice (²). È indubbiamente questa teoria (esposta in quel frammento da Pomponio) che ha in mente Paolo, quando scrive: «Bonae fidei emptor non dubie percipiendo fructus etiam ex aliena re suos... facit, *non tantum eos qui diligentia et opera eius pervenerunt, sed omnes* » (D. 41, 1, 48 pr.). Si noti che il passo è tolto da Paolo, 7 *ad Plaut.*; Pomponio, commentando nei suoi libri su Plauzio il medesimo punto, avrà esposto quella sua dottrina che qui Paolo nega recisamente. Che egli abbia davanti il commentario pomponiano, è sicurissimo (³).

Così lo svolgimento della dottrina sull'acquisto dei frutti condusse a poco a poco a risultati affatto particolari, dovuti in parte al carattere giuridico di essi, in parte all'influenza perturbatrice delle teorie dei frutti civili e degli acquisti per mezzo dei servi. Lascio poi di avvertire come nel diritto giustinianeo questo punto sia stato modificato (e non felicemente) con gravi alterazioni di testi (⁴).

Da tutto ciò si arguisce come sia fallace il credere che la teorica della specificazione secondo la scuola proculiana

---

(¹) Trovo ora che s'avvicina alquanto a questo modo di vedere l'APPLETON, *Propriété prétorienne*, II, p. 96 n. 21 [Vedi FERRINI, *Pand.*, p. 372].

(²) *Labeo*, II, p. 166 n.

(³) Vedi infatti D. 41, 1, 48, 1.

(⁴) Questo punto è notissimo in Italia per le belle ricerche dell'Alibrandi [Vedi FERRINI, *Pand.*, p. 373 n. 3]. Anche la dottrina francese è giunta a non dissimili risultanze. Riesce quindi incomprensibile che lo Czyhlarz venga ora ad esporre come una sua scoperta quanto molti anni prima di lui aveva scritto l'Alibrandi, adducendo in gran parte gli stessi argomenti, mentre l'italiano ne ha qualcuno grave sfuggito all'alemanno. Io non intendo di accusar questo di plagio: è naturale che molti s'incontrino nelle stesse idee, e ciò potrebb'essere una prova della bontà della tesi. Ma intendo di deplorare negli stranieri la frequente ignoranza delle cose nostre. Alcuni tedeschi son guariti da questo difetto; ma molti sono ancora assai indietro!

siasi modellata su quella dell' acquisto dei frutti [1]. Le due dottrine hanno avuto uno svolgimento affatto particolare e quella dell' acquisto dei frutti, come non sembra essere stata oggetto di controversie scolastiche, così si fissò anche più tardi. Il lato di vero delle accennate opinioni sta in ciò: che il fondamento giuridico, per cui la nuova specie si attribuisce allo specificante anche se non era domino dell' antica, è lo stesso per cui il possessore di buona fede acquista i frutti *pro cultura et cura*. Invero, se la nuova specie è una trasformazione totale o parziale dell' antica, mediante la separazione del frutto si opera (nel modo e nel senso sopra dichiarato) una parziale trasformazione di cosa preesistente. Ma questo caso particolare ha (e per la speciale sua natura e per l' influenza d' istituti oltremodo affini) battuto una propria via.

Donde si vede come a torto lo Schulin trovi nella nuova specie « in certo senso un frutto dell' antica » [2] e come il Sulzer con inopportuno coraggio lo segua per questa via [3]. In realtà nè la forma è un' accessione della sostanza (come fu scritto con gravissimo errore, designandosi come accessione quanto entra a costituire l' essenza stessa di ogni cosa), nè la cosa nuova un' accessione o un frutto dell' antica, a meno che si voglia rinunciare al significato che queste parole hanno nel diritto: con che per altro l' utilità del paragone più non si vedrebbe. A noi basti constatare che il rapporto fu sentito e indagato; se non che (a nostro avviso) il punto di partenza dell' indagine fu sbagliato.

20. Le cose precedenti dovevano esporsi per fare un equo e illuminato esame delle varie opinioni dei romani in materia della cosiddetta specificazione di cosa altrui. Nè tali proteorie nuoceranno alla brevità del nostro studio; poichè, dopo una buona intelligenza dei principii fondamentali, il cammino si percorrerà assai più speditamente.

21. I Sabiniani, come già si vide, « materiam et substantiam spectandam esse putant, id est ut cuius materia sit (colui,

---

[1] Cfr. SCHULIN, *Ueber einige Anwendungsfälle d. Publiciana in rem actio*, 1873, p. 113; SULZER, op. cit., p. 124 sgg.; cfr. SCHULIN, op. cit., p. 199 sg.
[2] Op. cit., p. 113.
[3] Op. cit., p. 124.

cioè, a cui la cosa originaria appartiene), illius et res quae facta sit videatur esse » (Gai. 2, 79). E ciò per l'efficacia, per loro incontrastata, del principio sostanziale: « Sabinus et Cassius magis naturalem rationem efficere putant, ut qui materiae dominus fuerit, idem eius quoque, quod ex eadem materia factum sit, dominus esset, *quia sine materia nulla species effici possit* » (D. 41, 1, 7, 7) (¹). Da queste stesse parole, rettamente intese, si vede come essi attribuissero al domino della cosa originaria estinta il dominio nuovo sulla nuova cosa; è poi chiaro da tutto il contesto che la divergenza fra Sabino e Cassio da un lato e Nerva e Proculo dall'altro non rifletteva il punto, se vi fosse cosa nuova e dominio nuovo; ma piuttosto l'altro, a chi tale dominio nuovo dovesse appartenere. D'altronde, non c'è verun motivo per affermare che tale estinzione di cosa e formazione di cosa nuova si avesse solo nel caso che un terzo ne fosse l'autore: nulla di più ridicolo di una simile limitazione. Gaio e le Istituzioni imperiali discorrono di quel caso, solo perchè qui nasce il conflitto fra due possibili domini della nuova specie. La prova si ha sicurissima in un testo di Giuliano, finora non adoperato in questa particolare indagine. È il notissimo D. 13, 1, 14, 2-3: « Bove subrepto et occiso condictio et bovis et corii et carnis domino competit, scilicet si et *corium et caro contrectata fuerunt* .... *Idem iuris est uvis subreptis*: nam et mustum et vinacia iure condici possunt ». Perchè i Sabiniani (la cui dotttrina in materia di specificazione fu accolta pienamente da Giuliano) esigevano, per concedere la *condictio furtiva* per la nuova specie, che anche questa fosse stata contrettata dal ladro? Perchè, se la nuova specie fosse stata creata da un terzo (non incorso in furto), ancorchè *alieno nomine*, sempre sarebbe stata una cosa diversa dalla prima, su cui sarebbe sorto un dominio nuovo ed un dominio non offeso dal furto. Per i Sabiniani il derubato dell'uva è domino del vino e lo può rivendicare; ma se il vino è stato fatto da un terzo non ladro egli non può esperire riguardo ad esso la *condictio furtiva*, giacchè il dominio ch'egli ha sul vino non è quello che il ladro ha conculcato. Invece può *condicere* l'uva, giacchè « extinctas res, licet vindicari non possunt, condici

---

(¹) Vedi num. 18.

tamen a furibus possunt ». Come poi lo Czyhlarz, con tutti i suoi preconcetti estranei alle fonti, intenda questo passo, è degno d' attenzione (1); naturalmente quelle parole così importanti non sono da lui spiegate. Così si comprende pure benissimo perchè Giuliano affermi, come cosa notevole, che in un legato di dannazione si debba la specie nuova risultante dalla trasformazione di quella indicata dal testatore. Ciò mostra che egli stimava inammissibile la perduranza di un legato di vendicazione, come tale, se accentuava la possibilità del contrario nel legato di obbligazione, dove, essendo lecito lasciare cose future, un nesso ideale fra cosa e cosa può benissimo conservare la efficacia. Che il legato, cui pensa Giuliano in D. 30, 44, 2-3, fosse di dannazione, è chiarissimo (2); l'accenno poi « si modo non mutaverit testator voluntatem », e l' altro « durante scilicet voluntate » sono, come e la forma e la sostanza dimostrano, meri emblemi (3). Il Fitting (4) ritenne che si trattasse di un legato *per vindicationem*; e questo errore gli fu funesto, perchè lo spinse a ritenere che precisamente Giuliano operasse una riforma della teoria sabiniana nel senso che egli considerasse la nuova specie come continuazione dell' antica e il dominio su di essa come una continuazione del dominio su questa. Ch' egli possa citare a sostegno di tale sua dottrina anche D. 13, 1, 14, 2-3 è assolutamente inconcepibile. Egli cita inoltre D. 6, 1, 61, che per altro (come vedremo) per questo punto nulla significa.

Fin qui noi abbiamo supposto il caso che la specie nuova fosse fatta con la materia di un sol domino. Ben potrebbe per altro avverarsi l' ipotesi che la specie risultasse dalla lavorazione di materiali appartenenti a proprietari diversi. Occorre però mettere ben chiaro il quesito, e perciò bisogna sceverare quanto non riguarda a questo punto. Si dice cioè che una specie è formata e costituita da una determinata materia, se ed in quanto questa concorre a renderla pertinente ad una data categoria di sostanza e di forma. Ciò che vi si aggiunge di

---

(1) Op. cit., p. 297 sg.

(2) Cfr. Brinz, *Pand.*, I, § 149 n. 20; Sulzer, op. cit., p. 32 n.; Ferrini, *Teoria gen. d. legati*, p. 599.

(3) [Ved. Ferrini, *Teoria gen. d. legati*, p. 599].

(4) Op. cit., p. 160.

più, che meglio caratterizza, individualizza ed esorna la cosa, non si considera come costitutivo della specie, ma semplicemente come accessione [1]. I romani non hanno considerato mai [2] come specificazione di materia propria e altrui il caso in cui « alienam purpuram quis suo vestimento intexuit »: giacchè qui la veste, come specie pertinente a una determinata categoria di sostanza e di forma, è già determinata dalla stoffa che la costituisce, e il filo di porpora non vi si aggiunge che per ornamento e a mo' di accessione. Così i romani non hanno considerato come specificazione di materia propria e altrui l'aggiungere tavole altrui alla propria nave, *carina eadem manente*. Qui valgono esclusivamente i principii dell'accessione. Per la dottrina accolta da Giustiniano si arriverebbe altrimenti a risultati assurdi. Diverso affatto è il caso in cui uno crei la stoffa contessendo lana propria e lana altrui, edifichi la carena con legno proprio e altrui, e così via. È pertanto erroneo citare in tale questione passi, come Iul. 6 *ex Min.*, D. 6, 1, 61: « Minicius interrogatus, si quis navem suam aliena materia refecisset, num nihilominus eiusdem navis maneret. respondit manere ». Minicio, seguace della teoria sabiniana, fu consultato da altro seguace della stessa teoria. Egli rispose che, nonostante che nella nave fosse subentrata l'altrui materia, essa rimaneva sempre nel dominio del medesimo proprietario. Si fosse anche rinnovata tutta la sostanza della nave, purchè a poco a poco e senza mai dissolvere la carena, non si avrebbe, neppure per la teorica sabiniana, un mutamento di proprietà, « poichè non ci sarebbe mutamento di cosa » [3]. Le regole scendenti dalla teoria sabiniana si applicano dunque solamente quando la sostanza o entra direttamente a costituire la cosa o concorre a trasformare una specie in un'altra. Altrimenti non è l'aggiungersi o il mutarsi della sostanza che determina una nuova specie; è piuttosto che la cosa rimane identica a se stessa e la sostanza aggiunta s'incorpora come accessione. Oscure sono

---

[1] Benissimo Paolo, D. 41, 1, 26 pr., dopo aver fatto il caso della nave fabbricata con legno altrui e della veste fatta con lana altrui, soggiunge: " in quibus propria qualitas exspectaretur, si quid additum erit, toto cedit ".

[2] Checchè ne dica il SULZER, op. cit., p. 78 sg.; cfr. CZYHLARZ, op. cit., p. 353 sg.

[3] Vedi num. 3.

le parole che seguono in quel passo: « sed si in aedificanda ea idem fecisset non posse ». Il senso è chiaro. Se addirittura nell' edificare la carena si sono adoperati materiali altrui, questi determineranno la condizione giuridica della nave [1]. Ma le parole *non posse* a che si riferiscono? Al verbo *manere*, no di sicuro, poichè la nave, prima di essere edificata non esiste, e quindi non può *manere* in nessun modo. E così cade ogni argomentazione del Fitting [2]. Bisogna ammettere che sia caduta qualche parola, per es. *navem eius esse* o simili. Qui certo la dottrina sabiniana ripiglia il suo impero.

Così pure devonsi distinguere dalle specie nuove fatte con materie di diversi domini le semplici mescolanze, dove ciascuna specie antica si conserva e solo si trova mal discernibile nella massa totale. Le imperfezioni e le incertezze delle fonti si devono qui a mal sicure dottrine chimiche; tuttavia non è difficile ripristinare la teoria romana, che dai moderni è stata spesso fraintesa. Dove c' è mescolanza (o dove i romani pensavano che vi fosse) non si parla di nuova specie, ammettendosi che perdurino le antiche. Non sorge neppur condominio se nella creduta mescolanza (com' è in molte leghe) sono separabili gl' ingredienti: una *vindicatio pro parte* si dava anche se, pur non potendosi separare gl' ingredienti, si credeva che questi continuassero a sussistere indipendenti, per es. nella lega di rame ed oro: « quia utraque *materia*, etsi confusa, *manet tamen* » (Pomp. *apud* Ulp., D. 6, 1, 5, 1) = « poichè e l' una e l' altra delle specie originarie, benchè confuse, rimangono intatte » [3]. Invece i romani ammettono che non vi sia mera mescolanza, ma mutamento di sostanza e quindi di cosa e di condizione giuridica nel mulso fabbricato con il miele e il vino, nel collirio fabbricato con diversi medicamenti (Gai. 2, 79 e D. 41, 1, 7, 7; Inst. 2, 1, 25) e in genere « ubi

(1) Vedi anche la nota di Giuliano: " nam proprietas totius navis carinae causam sequitur ".

(2) Cfr. lo stesso Czyhlarz, op. cit., p. 297.

(3) Il passo di Callistrato, D. 41, 1, 12, 1, non appartiene qui. Ivi non s' intende che siensi confusi in una massa sola argento e rame; ma che, fondendosi due masse insieme di argento e rame, siasi poi fabbricata una specie nuova: vedi avanti, pp. 93 sg. Sul trattamento particolare dell'elettro vedi num. 3.

simul plura contribuuntur, ex quibus unum medicamentum fit, ut coctis odoribus unguenta facimus » (Pomp., D. 41, 1, 27, 1).

Distinta così la formazione di nuove specie mediante materie pertinenti a proprietari diversi dai casi di mera accessione e da quelli di mescolanza, è chiaro che per i Sabiniani la specie nuova risultante dalla combinazione di cose già appartenenti a vari domini deve essere fra costoro comune. Non si dica, come soglion dire i moderni, che si debbono distinguere unioni separabili e inseparabili. Questo è confondere le vere specie nuove con i casi di accessione (sì ben distinti fin dai tempi di Servio, D. 41, 1, 26 pr.) e con le mescolanze. Vedremo più avanti fino a che punto la separabilità ha importanza nella *media sententia*; qui non ne ha alcuna. Ove si abbia una specie nuova formata con materie diverse, queste si reputano estinte e sulla specie nuova sorge un dominio nuovo, il quale nell'attuale ipotesi non può essere, secondo le idee sabiniane, che un condominio [1], sieno o no separabili e quindi riproducibili le materie originarie. Giustamente fu riferito ai Sabiniani quanto scrive Pomponio (apud Ulp., D. 6, 1, 5, 1): « si ex melle meo, vino tuo factum sit mulsum, *quosdam* existimasse id quoque communicari ».

Prima di chiudere questo numero relativo alla dottrina sabiniana voglio solo ricordare com'essa sia stata interamente accolta anche da Ulpiano, il quale in tale materia calca soprattutto le orme giulianee. Si vegga, per es., com'egli in D. 47, 2, 52, 14 copii evidentemente quanto ha scritto Giuliano (22 *dig.*, D. 13, 1, 14, 3) [2]. Qui non aggiunge il requisito speciale della contrettazione della cosa nuova, essendo esso già implicito nel modo con cui si pone la fattispecie, considerandosi cioè il ladro come specificante. Anche la decisione in D. 30,

---

[1] Si guardi infatti a quale strana conseguenza si arriverebbe se, per es., formatosi un vaso con l'argento di Caio e il piombo di Tizio, questi si considerasse come proprietario del piombo originario e quindi potesse fare sciogliere il vaso per ricuperarlo! L'*actio ad exhibendum* è concessa solo dove una cosa, che tuttavia non ha perduto la sua individualità potenziale, figuri come accessione di un'altra, non quando entri a costituirne l'essenza.

[2] Che in D. 47, 2, 52 Ulpiano tenga presente il lib. 22 dei Digesti di Giuliano è chiaro nel § 16: " Iulianus libro vicensimo secundo digestorum scripsit ".

44, 2 prova la sua aderenza alle dottrine sabiniane. Si noti che ivi pure è invocata l'autorità di Giuliano. Ivi si tratta di un legato di obbligazione [1]; ma come influissero pure su tali legati, e in qual senso, le vedute delle varie scuole, si vedrà più innanzi, quando la questione sarà discussa [2]. Inoltre ricorderò la citazione di Cassio *apud Urseium* (ricavata quindi dai libri di Giuliano *ad Urs. Fer.*) in D. 7, 4, 10, 5 e l'altra di Sabino in D. eod. 10, 7.

La comune opinione [3] fa di Ulpiano un seguace della *media sententia*, sul fondamento di D. 6, 1, 5, 1. Noi veramente dimostreremo [4] che la dottrina di Pomponio ivi riferita non è punto la teoria media, ma la proculiana: per cui Ulpiano, se fosse stato seguace della *media sententia*, non avrebbe potuto accettare quella formulazione [5]. Il fatto è piuttosto che noi abbiamo solo una lunga citazione di Pomponio; manca quanto Ulpiano doveva osservare in proposito, evidentemente perchè su questo punto i compilatori non accettavano le idee sabiniane. L'errore sta nell'attribuire il *puto verius* a Ulpiano, mentre esso è di Pomponio, il cui brano Ulpiano trascrive. Il passo va letto così:

« Idem scribit, si ex melle meo, vino tuo factum sit mulsum, quosdam existimasse id quoque communicari: 'sed puto verius, *ut et ipse significat*, eius potius esse qui fecit, quoniam suam speciem pristinam non continet — — —. sed si deduci, *inquit*, non possit — — — quia utraque materia etsi confusa manet tamen' ».

Le parole *ut et ipse significat* e *inquit* mostrano che la citazione continua; simili espressioni sogliono anzi indicare il trapasso dalla citazione indiretta alla diretta. Vedansi, ad es., i testi seguenti:

D. 12, 6, 26, 12 (Ulp. 26 *ad ed.*): « — — — Celsus — — putat eam esse causam operarum — —. sed 'hae, inquit, operae

---

(1) Cfr. la mia *Teoria gen. d. legati*, p. 599.

(2) Vedi al num. 23.

(3) Vedi anche lo CZYHLARZ, op. cit., p. 344.

(4) Vedi al num. 23.

(5) Non è punto il criterio della irreducibilità, che ivi Pomponio segue, ma quello che sorga o no specie nuova: *sed si deduci, inquit, non possit* etc.

recipiunt aestimationem: et interdum licet aliud praestemus, inquit, aliud condicimus ' ».

D. 6, 1, 1, 2 (id. 16 *ad ed.*): « et ita Pomponius — — —: ' nisi forte, inquit, adiecta causa quis vindicet ' ».

Troviamo in tali citazioni dirette anche *puto* e *puto verius*; ad es., nei seguenti testi:

D. 12, 4, 3, 8 (Ulp. 26 *ad ed.*): « Suptilius quoque illud tractat (*scil.* Celsus): ' an ille — — —. et *puto*, si hoc animo dedit, non fieri ipsius ' ».

D. 43, 16, 1, 47 (Ulp. 69 *ad ed.*): « Quid dicturi essemus, tractat (*scil.* Vivianus), si aliquo possidente ego ingressus sum in possessionem et non deiciam possessorem, sed vinctum opus facere cogam: quatenus res, inquit, esset? ego *verius puto* eum quoque deiectum videri rel. ».

Invece talora preferisce Ulpiano in casi identici saltare alla citazione indiretta:

D. 47, 2, 14, 5 (Ulp. 26 *ad Sab.*): « Papinianus tractat: ' — — utrum — — habeam — — an vero — — dici debeat — — '? et ita *putat* ».

Quando Ulpiano cita anche direttamente le parole di qualche autore, non perciò si ritiene dall' aggiungere le sue osservazioni e l' opinione sua.

D. 41, 2, 34, 2 (Ulp. 7 *disp.*): « Servus quoque — —. nam et servus alienus, ut Celsus scribit, sive a me sive a nemine possideatur, potest mihi adquirere possessionem, si nomine meo eam adipiscatur: quod et ipsum admittendum est ».

D. 39, 2, 13, 11 (Ulp. 53 *ad ed.*): « Si quis — —. et Iulianus scribit: ' — — numquid — — exigit — —? et sane parum probe postulat ab eo caveri sibi earum aedium nomine, quarum ipse cavere supersedit ': quae sententia vera est ».

D. 39, 2, 15, 33 (Ulp. 53 *ad ed.*): « — — et ita Labeo: ' ceterum nullus, inquit, finis rei invenietur '; et est hoc verissimum, seposito eo, quod quibusdam — — subvenitur ».

Un' aggiunta restrittiva o improbativa si ha, per es., in

D. 39, 2, 28 (Ulp. 81 *ad ed.*): « — —. et ideo Cassius scribit — —: ' in eadem causa est detrimentum quoque propter

emigrationem inquilinorum, quod ex iusto metu factum est'. Aristo autem non male adicit, *sicuti hic exigit Cassius*, ut si (iis *Mo.*) iustus metus migrandi causam praebuerit, ita in eius personam qui fulsit eadem Cassium dicere (adicere *Mo.*) debuisse: 'si iusto metu ruinae fulcire coactus est' ».

E così si potrebbe continuare all'infinito. Non è certo un uso particolare di Ulpiano il riferire testualmente brani di autori e poi farvi le proprie osservazioni: cfr., per es., anche Paul., lib. 48 *ad ed.*, D. 39, 2, 18, 5: « *Pomponius, relata Iuliani scriptura* (1), dicit non se improbare ».

Noi quindi ammettiamo che Ulpiano, dopo avere in D. 6, 1, 5, 1 riferito il testo pomponiano, avrà aggiunto le sue osservazioni in senso sabiniano, le quali, appunto perchè tali, non potevano qui dai compilatori essere mantenute (2). Altrimenti si dovrebbe ritenere Ulpiano in contraddizione con se medesimo (3): il che, in una materia piana ed elementare come questa, non deve ammettersi se non in mancanza di ogni altra possibilità di spiegazione. Infine il modo in cui qui Pomponio si esprime (4) non converrebbe a un sostenitore della *media sententia*, ma (come si disse e vedremo anche meglio) a un seguace della teoria proculiana.

22. Secondo la dottrina proculiana, sulla causa sostanziale prevale la creatrice. Naturalmente, come del resto fu già più volte osservato in questo studio, non si può attribuire ai Proculiani lo stolto pensiero di far cominciare un dominio nuovo sol quando un terzo sia autore dell'opera nuova (5). Questa è tuttavia l'idea di quegli autori, che dalla teorica proculiana vedono messo a repentaglio tutto il loro sistema circa il contenuto del dominio; per simili scrittori la teorica proculiana è una « inconseguenza prodotta dalla tendenza pratica di fa-

---

(1) La *scriptura* è proprio il testo letterale dell'autore, su cui si fanno osservazioni; cfr. Ulp., 48 *ad Sab.*, D. 45, 1, 1, 6: " et *scriptura Sabini* (il testo cioè commentato dall'autore) sed et verum patitur, ut etc. ".

(2) [Vedi Ferrini, *Pandette*, p. 282 n. 1].

(3) Come vedremo al num. 23.

(4) Vedi ai numm. 22 e 23.

(5) Vedi, proprio di Labeone, D. 41, 1, 26, 2 e la spiegazione di questo testo al num. 12 [p. 62].

vorire il lavoro ». Simili conati sono così temerarii di fronte al chiaro responso delle fonti (che dicono evidentemente quale sia il vero fondamento della teorica proculiana), che non si spiegano, se non avvertendo quanto idee moderne e non giuridiche abbiano perturbato la corretta intelligenza di questa materia. Io nòn conosco nessun passo delle fonti in cui si accenni all' importanza economica del lavoro quale coefficiente di queste risoluzioni. Nulla ha a che vedere con questa teoria l' antica risoluzione sulla prevalenza della pittura alla tavola: essa era accolta dai Sabiniani (Gai. 2, 78) e, com' è risaputo, si confessava che non era giuridicamente motivata. Qui poi non è conflitto fra arte e materia, ma fra cosa e cosa, ciò che il Sulzer (1) sembra non aver bene inteso. La pittura è una cosa e la tavola un' altra, come sono una cosa le lettere (di cui si può perfino commettere furto! vedi D. 47, 2, 14, 17; D. eod. 31, 1) e altra cosa la carta. Secondo taluni giuristi, per giudicare quale delle due cose nel quadro era accessoria e quale principale prevaleva il criterio del maggior prezzo. Nè finalmente possono addursi in verun modo passi come D. 50, 16, 13, 1: « Res 'abesse' videntur (ut Sabinus ait et Pedius probat) etiam hae quarum corpus manet, forma mutata est: et ideo, si corruptae redditae sint vel transfiguratae, videri abesse, *quoniam plerumque plus est in manus pretio quam in re* »; e D. eod. 14 pr.: « Labeo et Sabinus existimant, si vestimentum scissum reddatur vel res corrupta reddita sit, veluti scyphi collisi aut tabula rasa pictura, videri rem 'abesse', quoniam earum rerum pretium non in substantia sed in arte sit positum ». Secondo la sagace congettura del Lenel (2), le azioni di furto potevano comprendersi fra quelle privilegiate in ordine al vadimonio (cfr. Gai. 4, 185) soltanto « si cui furto res abesse dicetur ». La ragione di tale condizione era che non si voleva favorire in modo particolare chi aveva riavuto la cosa sua, e ormai non mirava che al lucro. La giurisprudenza intese giustamente che « videtur res ei abesse, cui pretium abest »: per es., « si dominus rem quae furto sibi aberat imprudens

(1) Op. cit., p. 7 sg.

(2) *Edictum perpetuum*, p. 69 [*Edictum*³, p. 84 sg. con dubbi e riserve, dopo le critiche del FLINIAUX, *Le vadimonium*, p. 61, e del HUVELIN, *Ét. sur le furtum*, I, p. 546].

emit ». Ora, è chiaro che qui la voce *abesse* è intesa in un senso del tutto figurato. E dicesi altresì (si noti che qui con Labeone è pure d' accordo Sabino) che s' intende *abesse* la cosa, quando è stata resa, ma danneggiata e guastata in modo da essere notevolmente deprezzata: per es., il quadro è in tutto o in parte cancellato, una tazza di metallo deformata, un vestimento lacero. In tali casi la cosa rimane, niuna « specificazione » ha avuto luogo; la forma s' è mutata entro la sua categoria: « *forma* (non *species*) mutata est: *corpus* manet »: ' la cosa-individuo rimane '. Ma, se anche la cosa non ha perduto la sua identità, ha perduto in tutto o in parte il suo prezzo, giacchè molte volte l' arte conferisce assai al valore di una cosa; diremo quindi essere applicabile il principio: « videtur res ei abesse, cui pretium (in tutto o in parte) abest ». Che cosa abbiano a vedere queste giustissime considerazioni con la materia nostra, io non so capire. Se poi ci si vuol dimostrare che i romani sapevano che, lavorando bene una materia, se ne accresce il valore, la dimostrazione è affatto inutile, giacchè niuno reputerà così sciocchi i romani da non averlo saputo. Ciò che si vorrebbe dimostrare è che su questa base si sieno edificate teorie circa la fabbricazione di nuove specie: ma tale dimostrazione è ben lungi dall' essere pur cominciata con la citazione di quei testi.

La teoria dell' occupazione non può parimenti accogliersi: essa condurrebbe a risultanze strane. Se, per es., la mia catasta di legna piglia fuoco e si converte in un mucchio di cenere e di carbone, queste, come specie nuove, dovrebbero essere in balìa del primo occupante, se io non fossi sollecito a prevenire. Si noti poi come le fonti non accennino mai alla *occupatio*, neppure indirettamente. Questa teoria è nata [1] da una mala intelligenza delle parole gaiane: « quod factum est *antea* nullius *fuerat* ». Queste parole dicono che la specie nuova, prima di essere fatta, non esisteva assolutamente e non apparteneva a nessuno. Siccome i Sabiniani dicevano che, se la specie nuova non era un oggetto nuovo, pure senza cosa precedente essa ora non esisterebbe, i Proculiani rispondevano che la specie nuova, pur presupponendo una cosa preesistente, non esisterebbe ora senza l' opera dello specificante,

---

[1] Cfr. soprattutto BECHMANN, *Archiv. f. civ. Pr.*, 47, 1864, p. 46 sg.

e così contrapponevano il principio di creazione al principio di sostanza (1). L' errore fondamentale della teoria dell' occupazione sta nel concepire come necessario che una cosa nuova (essendo tramontato con l' antica il relativo dominio) nasca *nullius*. Nulla osta invece ad ammettere che con la cosa nuova nasca anche il dominio su di essa. Il frutto che si stacca dal mio albero è certo una cosa nuova, eppure, non appena si determina la sua autonoma esistenza, sorge il mio dominio su di esso contemporaneamente: e ciò senza distinguere se il frutto fu staccato per mano mia o per mano di un ladro o per forza del vento. Così, per l' identico principio sostanziale, la teoria sabiniana fa nascere la specie nuova sotto il dominio del proprietario dell' antica. Ora, poichè sempre si tratta di dominio nuovo su cosa nuova, è indifferente che sorga per causa sostanziale o per causa creatrice.

Si disputa molto, come tutti sanno (2), se nella dottrina proculiana lo specificante acquistasse il dominio ancor quando egli versasse in mala fede, conoscesse cioè che la cosa che imprendeva a specificare era d' altri e ch' egli agiva contro il volere del domino. Veramente non si capisce come in tutto questo possa entrare la differenza fra buona e mala fede. La questione sta nel vedere se c'è o no il nesso causale fra l'opera di Tizio e l' esistenza d' una determinata nuova cosa; se tale rapporto c' è, la questione è decisa. Infatti nessuna delle tre relazioni che noi possediamo sulla controversia fra Proculiani e Sabiniani accenna in alcun modo al requisito della buona fede come esigenza voluta dai primi. Proprietario diventa, secondo quelle relazioni, *qui fecerit*: senza che punto s' indaghi circa l' onestà del suo agire. Anzi, a ben vedere, da Gaio (2, 79) risulta che lo stesso ladro acquistava il dominio se specificava la cosa furtiva: solo era contro di lui concessa la *condictio* per la cosa estinta. È vero che lo specificante, assolutamente

---

(1) Cfr. anche lo CZYHLARZ, op. cit., pp. 317-18.

(2) Noi qui ricapitoliamo brevemente la disputa, aggiungendo alcune nostre osservazioni; non vogliamo ripetere cose già molte volte dette. Rinunciamo quindi anche alle citazioni. Cfr. del resto i nostri *Appunti sulla dottrina romana del furto*, cap. II [= *Scritti*, V, p. 165]. Il nostro scopo è mostrare che la vera soluzione s' accorda con la nostra dottrina generale sull' argomento.

parlando, potrebbe essere una persona diversa dal ladro *(qui subripuit)*; ma è pur vero che, se non potesse essere la medesima persona, Gaio l'avrebbe dovuto dire: il passo suo rimane quindi un forte argomento per la dottrina qui seguìta. Del resto, noi non abbiamo alcun passo di proculiano che si occupi dell'argomento. Non è da credersi che seguisse la dottrina proculiana Fulcinio (cfr. D. 13, 1, 13 « ex argento subrepto pocula facta condici posse »): tutto fa credere che egli seguisse invece la dottrina sabiniana, come appare anche dal confronto con Giuliano (D. 13, 1, 14, 2). Gli argomenti addotti nel mio articolo su Prisco Fulcinio [1] per dimostrare ch' egli seguiva in tale materia la teoria proculiana, riconosco ora insostenibili [2].

La teoria proculiana in materia di specificazione è stata seguìta anche da Pomponio, il quale molto a torto viene ascritto ai seguaci della *media sententia*. È chiarissimo il suo modo di vedere in D. 6, 1, 5, 1 e in D. 41, 1, 27, 1. Nel primo egli respinge la dottrina sabiniana, per cui il mulso fatto con le materie di due diverse persone diventava comune di entrambe, e dice invece « *eius esse potius qui fecit*, quoniam *suam speciem pristinam non continet* ». Dal momento cioè che la specie è mutata ed è sorta una cosa nuova, questa si deve devolvere al suo autore. Ciò è pretto proculianismo. Invano si vuole arguire ch' egli non seguisse interamente la teoria proculiana dalla sua decisione circa la lega di oro e rame. Egli non dice punto che qui sorga una nuova specie, anzi lo esclude esplicitamente: « quia utraque materia, etsi confusa, manet tamen ». Trattandosi di semplice mescolanza (a suo modo di vedere), i principii della specificazione non sono applicabili. Tanto è vero che, se si trattasse di nuova specie, i principii della dottrina sabiniana avrebbero condotto a ritenerla *communis*; invece Pomponio considera tuttavia come perdurante il pristino, autonomo dominio sulle due specie: « utraque materia manet » (si traduce: 'entrambe le cose primitive rimangono'), e così si contrappone il caso all'altro, in cui non si ha più la *species pristina*. Dice l' altro passo: « Ubi simul plura contribuuntur, ex quibus

---

(1) *Rendic. Ist. Lomb.*, ser. II, 19, 1886, p. 747 sg. [= *Scritti*, II, p. 84 sg.].

(2) Vedi *Appunti sul furto*, cap. II [= *Scritti*, V, p. 165].

unum medicamentum fit, aut (ut *Mo.*) coctis odoribus unguenta facimus, *nihil hic suum vere dicere potest prior dominus*: quare potissimum existimari, cuius nomine factum sit, eius esse ». Anche qui Pomponio non contrappone il caso di specie irriducibile a quello di specie riducibile; ma sì quello di effettiva formazione di nuova specie a quello di semplice mescolanza. La proprietà della cosa nuova è attribuita al suo autore, appunto perchè essa è tale, perchè gli ingredienti originari sono estinti e con essi il relativo dominio: « nihil hic suum vere dicere potest prior dominus ». È o non è questa mera dottrina proculiana? Dov'è un cenno alla possibilità di *reduci* o *reverti*? Il *vere* significa 'in senso giuridico': poichè il volgo, a mo' di tanti autori moderni, avrà creduto che continuasse sempre il dominio anteriore; ma non è secondo le idee volgari che i problemi giuridici vanno decisi.

Se noi dunque ammettiamo (come dobbiamo ammettere) la naturale distinzione fra semplici mescolanze di specie perduranti e composizioni di specie novelle, vedremo chiarissimo che Pomponio sta del tutto con i Proculiani, come provano anche le sue espressioni.

23. La *media sententia*, che concilierebbe le vedute dei Proculiani e dei Sabiniani, risalirebbe (ove credessimo ai nostri Digesti) per lo meno ai tempi di Gaio. Non si può certo dire che Pomponio l'abbia seguìta, benchè ciò sia stato sostenuto anche di recente [1]. Gaio, il quale nelle sue Istituzioni si limita ad accennare alle dottrine delle due scuole [2], nelle *res cottidianae* avrebbe scritto così:

D. 41, 1, 7, 7: « — — — est tamen etiam media sententia recte existimantium, si species ad materiam reverti possit, verius esse quod et Sabinus et Cassius senserunt: si non possit reverti, verius esse quod Nervae et Proculo placuit. ut ecce vas conflatum ad rudem massam auri vel argenti vel aeris reverti potest, vinum vero vel oleum vel frumentum ad uvas

---

[1] Vedi CZYHLARZ, op. cit., pp. 299-300: cfr. num. 22.

[2] Nella tradizione scolastica, la quale giustamente teneva calcolo della qualità di ardente sabiniano in Gaio, questi passò come propugnatore della relativa dottrina. Nella *Epitome Gai* non si espone che il principio dei Sabiniani.

et olivas et spicas reverti non potest: ac ne mulsum quidem ad mel et vinum vel emplastrum aut collyria ad medicamenta reverti possunt ».

I dubbi su questo passo si mutano in certezza negativa (1), trovandosi frasi, come « media sententia *recte existimantium* », affatto aliene dallo stile gaiano, non che da quello dei giuristi classici, i quali si sarebbero espressi in modo assai più subbiettivo: « magis probatur sententia etc. » o « magis placet » o frasi simili. S'aggiungano poi congiunzioni come *ac*, *nequidem*, *vel*, *aut*.

Il testo continua:

« videntur tamen mihi recte quidam dixisse non debere dubitari, quin alienis spicis excussum frumentum eius sit, cuius et spicae fuerunt etc. ».

Queste parole si rannodavano in origine alle altre « vel ex uvis aut olivis aut *spicis* tuis vinum vel oleum vel *frumentum* ». Naturalmente in conformità all'emblema fu modificata anche la dizione di questo passo: giacchè Gaio, che faceva la osservazione in seguito alla relazione della teoria sabiniana, non poteva in proposito esprimersi come qui si trova detto. Infatti Gaio doveva limitarsi ad osservare che qui non c'è specie nuova, e a ciò solo conduce il suo ragionamento; non che essa sia o meno riducibile all'antica. Anzi riducibile, in questo caso, sarebbe: perchè non si potrebbe ricostituire la spiga? E così si spiega perchè i giustinianei, riferendo anche nelle Istituzioni (2, 1, 25) (2) il brano da loro inserito in Gaio, abbiano recato tuttavia l'esempio del frumento e delle spighe, senza ricordarsi che Gaio aveva per la battitura del grano negato nelle *res cottidianae* la specificazione.

Nelle Pandette io non trovo altri seguaci della *media doctrina*, all'infuori di Paolo (il quale ne sembra, se non il fondatore, certo uno dei propugnatori più efficaci) e Callistrato. Difficilmente quindi tale dottrina rimonta oltre l'età papinianea. Secondo questa teoria bisogna distinguere se una specie

(1) Cfr. LENEL, *Palingenesia*, I, col. 254, n. 2 [vedi FERRINI, *Pandette*, p. 366 n. 4].

(2) [Vedi FERRINI, *Scritti*, II, p. 357].

nuova è riducibile alla specie antica e precisamente alla forma iniziale di essa (1), o se invece tale riducibilità non c'è. Nel primo caso si fa prevalere il principio di sostanza (sabiniano); nel secondo il principio di creazione (proculiano). La *media sententia*, come i compilatori la fanno esporre da Gaio, è formulata così (D. 41, 1, 7, 7): « si species ad materiam reverti possit, verius esse quod et Sabinus et Cassius senserunt: si non possit reverti, verius esse quod Nervae et Proculo placuit ». Nelle Istituzioni (2, 1, 25) si dice: « si ea species ad materiam reduci possit, eum videri dominum esse, qui materiae dominus fuerat; si non possit reduci, eum potius intellegi dominum, qui fecerit ». Evidentemente qui *materia* non può avere che il suo normale significato di « cosa originaria »: la nuova specie appartiene al domino dell'antica, quand'essa si può ricondurre alla medesima cosa iniziale, avente l'identica forma e figura. Il che ha luogo quasi esclusivamente per gli oggetti fatti con metallo fuso: è questo l'unico esempio dato dalle fonti (2).

Il motivo della distinzione introdotta da questa *media sententia* è certo di carattere teorico e punto pratico, come i moderni sono andati escogitando (3). La lotta è sempre fra i due principii: il sostanziale e il creativo. La *media sententia* trova naturale che debba vincere il primo, quando la cosa originaria,

---

(1) D. 32, 78, 4: " in sua redigi possint initia ". Malissimo il SULZER, op. cit., p. 140, e dietro lui lo CZYHLARZ, op. cit., p. 337 sg., parlano di irreducibilità solo quando " die bisherige wirtschaftliche Brauchlichkeit unseres Stoffes definitiv verbraucht worden ist ". È sempre la confusione di " sostanza " (Stoff) con " materia " (cosa primitiva). Del resto, se io con delle tavole di legno faccio una nave, è forse perduta definitivamente la possibilità di ricondurre il legname all'uso economico di prima? E se io cavo una statua da un blocco di pietra non la posso forse a un blocco di pietra nuovamente ricondurre? Eppure questi sono dati come esempi di specie irriducibili: evidentemente, solo perchè non si può riprodurre l'identica " figura iniziale ". Cfr. num. 8ª [*supra*, p. 53 sg.]. Ma lo CZYHLARZ, op. cit., p. 336, torna a parlare di " Stoff ", che è " ungeachtet der Verarbeitung wirthschaftlich vorhanden ".

(2) Inst. 2, 1, 25: " ut ecce vas conflatum potest ad rudem massam aeris vel argenti vel auri reduci ". D. 41, 1, 24: " .... veluti si meo aere statuam aut argento scyphum fecisses cet. ": cfr. D. 32, 88, 3. 32, 78, 4.

(3) Vedi SULZER, op. cit., p. 140 sgg.; CZYHLARZ, op. cit., p. 340 sgg.

donde è derivata la nuova, viva in certo modo potenzialmente in essa, dal momento che questa si può a quella ricondurre. Precisamente così si esprime Paolo in un brano che, come vedremo, appartiene a questa dottrina cioè D. 32, 78, 4: « ea, quae talis naturae sint, *ut saepius in sua redigi possint initia* (che si possano ricondurre all' identica forma iniziale), *ea materiae potentia victa numquam vires eius effugiant* ». Tali cose, cioè, appunto per questa riproducibilità della figura iniziale, sono in certo modo soggiogate dall' influenza della cosa originaria (è per esse decisivo il principio sostanziale), e da tale influenza del principio sostanziale (in quale cosa ha l' attuale la sua causa sostanziale ?) non si liberano mai.

Altrove (D. 41, 1, 24) lo stesso Paolo parla di cose « quae ad eandem speciem reverti .... possunt [1] » : che cioè si possono ricondurre ad una forma della medesima categoria della iniziale. Solo di tali cose, come appare chiaro dagli esempi addotti in D. 41, 1, 24 e 26 pr., si occupa qui Paolo: non dunque, per es., del vino, del mulso, della farina etc. Di queste « quae ad eandem speciem reverti possunt » alcune sono riconducibili proprio all' identica forma iniziale, per esempio « si aere meo statuam fecisses ». Qui si può rifondere la statua e ottenere non solo una massa metallica simile all' originale, ma una massa perfettamente identica. La specie è mutata nel lavoro, ma la possibilità di riprodurre la figura iniziale perdura: Paolo esprime ciò, dicendo addirittura che nella cosa nuova vive l' antica (materia): « si *materia manente* species dumtaxat forte mutata sit ». Invece vi sono altre cose che ben si possono ricondurre ad una forma della stessa categoria dell' originaria: io posso, per es., disfare un tessuto e riavere una quantità di filo, o disfare una nave e riavere tavole e travi: ma è chiaro che non potrò riottenere la medesima figura iniziale. In questo caso, dice Paolo, la cosa originaria non s' intende vivere nella nuova:

D. 41, 1, 26 pr.: « — — si meis *tabulis* navem fecisses, tuam navem esse, *quia cupressus non maneret*, sicuti nec *lana vestimento facto*, sed cupresseum aut laneum corpus fieret ».

---

[1] Così secondo la *Vulgata*: " — non possunt „ ha la Fiorentina, ma il contesto esige l' altra lezione: cfr., per es., KELLER, *Pandekten*, I^2, p. 311.

Le quali parole non bisogna intenderle nel ridicolo significato che nella veste non ci sia la lana (dice anzi Paolo che è un « corpo di lana » !) o nella nave le tavole di cipresso: il senso è che, sebbene la sostanza non sia mutata, sebbene anzi vi sia la possibilità di riavere una forma della categoria dell' originale, la medesima, identica forma di prima non è riproducibile (1).

Per mostrare quanto tutto il ragionamento, di cui ci occupiamo. sia basato su principii teorici e non abbia alcun riguardo alla pratica (almeno quel riguardo falso e morboso, che in realtà è ben lungi dal raggiungere il suo fine), basti la seguente riflessione. Per la dottrina che stiamo esponendo, « si partim ex sua materia partim ex aliena speciem aliquam fecerit quisque — — dubitandum non est hoc casu *eum esse dominum qui fecerit, cum non solum operam suam dedit, sed et partem eiusdem materiae praestavit* » (2). Il che vuol dire che, qualunque sia la natura della specie nuova, se all' essere stato l' autore di essa causa creatrice si aggiunga l' avere prestato parte della causa sostanziale, avendo egli in duplice modo cooperato all' esistenza della nuova specie, questa gli viene senz'altro attribuita. Non si distingue punto se egli abbia fornito una parte piccola o grande di materia se abbia fornito la più o meno preziosa: si guarda solo al fatto che egli è della specie nuova l' autore, e che nel suo antecedente dominio la nuova specie ha parzialmente causa sostanziale.

Questa non è una innovazione giustinianea: ciò appare da tutto il contesto e dal modo con cui il principio si espone; ancora più evidente è questo nello Pseudo-Teofilo: ἀναμφίβολόν ἐστιν.

Può forse recare qualche difficoltà il passo di Callistrato, 2 *inst.* (D. 41, 1, 12, 1), essendo noto (per D. 41, 1, 25, di identica provenienza) che egli era seguace della *media sententia*:

« Si aere meo et argento tuo conflato aliqua species facta sit, non erit ea nostra communis, quia, cum diversae materiae

(1) Cfr. le cose dette al n. 8^{b} [*supra*, p. 55].

(2) Inst. 2, 1, 25; cfr. Pseudo-Teofilo ibid. L' interpretazione del passo è stata a torto controversa: vedi soprattutto FITTING, op. cit., p. 316 sgg.; CZYHLARZ, op. cit., p. 350 sgg.

aes atque argentum sit, ab artificibus separari et in pristinam materiam reduci solet ».

Questo passo sembra ammettere senz' altro che duri il dominio di entrambi i padroni della materia iniziale, se la specie nuova è riducibile. Si è risposto (1) che veramente qui Callistrato non contempla il caso che uno dei domini della materia sia l' autore della nuova specie; dal modo anzi con cui egli si esprime parrebbe esclusa tale ipotesi. Ciò è verissimo; solo è necessario chiarire alquanto meglio il passo. Qui non si tratta di una semplice mescolanza di due metalli (cfr. D. 6, 1, 5, 1), ma di una *species* fatta con due metalli (2). Ora, se per la *media sententia* il domino della materia diventa proprietario della nuova specie riducibile fatta da un terzo, perchè qui i due domini delle originarie materie non diventano condomini della specie nuova? Anche ammettendo che Callistrato non intenda che uno dei domini sia l' autore della nuova specie, sorgono dunque gravi difficoltà. Dalle quali non si può sfuggire senza una lieve correzione del testo: cancellando cioè il *non* avanti ad *erit* — *communis*: si avverta quanto facilmente potè essere interpolato da chi, leggendo quella motivazione, pensava a D. 6, 1, 5, 1! Callistrato direbbe benissimo: « se un terzo fa una specie nuova con due metalli pertinenti a diversi proprietari, siccome la specie è riducibile, egli non ne acquista il dominio, bensì di essa divengono condomini i domini originari dei metalli ». Se invece si volesse ammettere che Callistrato pensasse al caso che uno dei domini di un metallo fosse l' autore della specie nuova, bisognerebbe modificare il *quia* in *quamvis* (3): e si avrebbe questo senso: « se io fabbrico una nuova specie con il mio rame e l' argento di Tizio, questa non sarà comune (ma tutta mia, secondo il principio di Inst. 2, 1, 25), benchè sia riducibile alle due materie originarie » (4).

Rispettando il testo, come ora sta, non solo si avrebbero delle gravi contraddizioni con gli altri, ma si avrebbe anche

---

(1) Per es. dallo CZYHLARZ, op. cit., p. 355 sg.

(2) Non bene pertanto è il testo inteso, per es., dal KELLER, op. cit., I², pp. 306-7.

(3) La causa dell' errore sarebbe stata qui pure del tutto analoga.

(4) [Ved. FERRINI, *Pandette*, p. 355 sg.].

un risultato stranissimo. La dottrina romana della specificazione mira alla conservazione della nuova cosa. Come mai avrebbero sul serio i romani accordato al proprietario di pochi grammi di rame il diritto di far fondere il vaso d'argento cesellato in cui si contengono, per fargli riavere il suo metallo?

Invece D. 6, 1, 5, 1, checchè sembri allo Czyhlarz (1), non reca difficoltà. Anzitutto ivi parla Pomponio, seguace della teoria proculiana (2). Inoltre ivi si parla di semplici mescolanze (3), da cui si distingue il caso in cui sorga specificazione, e in questo caso si attribuisce il dominio a colui che è l'autore (4). Chè solo in tal caso si vedeva una trasformazione *(speciem pristinam non continet)*; negli altri casi si vedevano perdurare le cose di prima, benchè confuse tra loro *(utraque materia etsi confusa manet tamen)*.

Ci si può ora domandare che cosa dobbiamo pensare circa l'opinione oggidì diffusa (5) che la *media sententia* abbia modificato le teorie precedenti anche nel senso che l'autore di una specie irreducibile non ne diventa proprietario, se ha trasformato la cosa in mala fede. Si citano in questa materia vari testi, di cui molti non hanno qui valore, appartenendo a sabiniani, per i quali l'autore della specie nuova fatta con materia altrui non ne acquista mai il dominio. È anzi naturale che, se la cosa antica era stata da lui rubata (o se in altro modo egli si è reso a suo riguardo colpevole di furto), anche della nuova specie commetterà furto. Così si spiegano benissimo D. 13, 1, 14, 2-3 di Giuliano e D. 47, 2, 52, 14 di Ulpiano, seguaci entrambi, come si vide, della dottrina sabiniana. L'accoglimento di tali testi nei Digesti proverà che

---

(1) Op. cit., p. 357.

(2) Come vedemmo al num. 22.

(3) Vedi al num. 22.

(4) Talora anche cose irriducibili (lega d'oro e rame) sono trattate come mere mescolanze; la difficoltà tecnica della separazione cede davanti alla persuasione che entrambi i metalli perdurino autonomi (il che per altro chimicamente non è vero). Solo per l'elettro è riconosciuta la *novi corporis species*. Appunto ciò mostra che per Pomponio non è questione se la specie sia o no riducibile, ma solo se specie nuova vi sia!

(5) Vedi CZYHLARZ, op. cit., p. 342 sgg.

i compilatori *odio furum* hanno accolto su questo punto, più o meno coerentemente, la dottrina sabiniana; nulla prova circa la *media sententia* (¹). Naturalmente i paladini di questa dovevano essere di uguale avviso circa le specie riducibili; e infatti Paolo accoglie senz'altro la teoria di Fulcinio circa i « pocula facta ex argento subrepto » (D. 13, 1, 13).

Rimangono però due notissimi testi pauliani, di cui l'uno relativo alla specificazione di cose furtive e l'altro più generalmente alla specificazione di cose altrui operata in mala fede. Se non che, a me sembrano testi decisivi per il modo di vedere dei compilatori e quindi per il diritto giustinianeo, non altrettanto per le opinioni di Paolo.

In D. 41, 3, 4, 19 Paolo osserva che la lana di pecore furtive tosata presso il possessore di buona fede non solo non si considera come furtiva, ma viene subito acquistata da lui. La ragione si è che la lana, benchè già parte della cosa furtiva, ora solo comincia ad avere una propria e autonoma esistenza. Nel § 20 Paolo continua: « Si ex lana furtiva vestimentum feceris, verius est ut substantiam spectemus, et ideo vestis furtiva erit ». Questo è certo un *exitus inopinatus*. Come la lana detonsa, anche il vestito fatto con la lana è cosa nuova, affatto indipendente dalla materia prima, a cui non è neppur riducibile (Paul. D. 41, 1, 26 pr.). La logica dovrebbe condurre a non ritenere furtivo il vestimento, neppure se fabbricato dal ladro della lana (cfr. Gai. 2, 79), giacchè qui non militano le ragioni particolari militanti per i frutti. E infatti quel « verius est ut substantiam spectemus » non ha tutta la forma e la natura di un emblema, che indicherebbe una decisione pauliana precisamente opposta? Si noti che, se diversa opinione avesse espresso Paolo, i compilatori avrebbero dovuto modificarla (almeno in quanto la specificazione potesse dar luogo a un nuovo furto) in omaggio al principio sabiniano e giulianeo da essi accolto in D. 47, 2, 52, 14 (²).

Per il modo genuino di vedere pauliano dà invece non lieve argomento il citato fr. 13, ov'egli si limita soltanto alla

(¹) Così modifico alquanto le cose dette nei miei cit. *Appunti sul furto* cap. II [= *Scritti,* V, p. 164 sg.].

(²) [Vedi FERRINI, *Pandette*, p. 368 n. 2].

opinione fulciniana dei *pocula facta ex argento subrepto*; per esempi di specie irriducili i compilatori hanno dovuto ricorrere a un passo di Giuliano. È probabile che qui Paolo (se pur vuolsi ritenere suo quel principio generale) non lo abbia enunciato, o almeno mostrato con esempi?

In D. 10, 4, 12, 3 Paolo fa la questione se, avendo taluno fatto scientemente mosto con le mie uve, olio con le mie olive, un vestimento con la mia lana (insomma con la mia materia una specie irriducibile), io possa esperire l'*actio ad exhibendum* per la nuova specie. Per l'antica non c'è dubbio, poichè si tratta chiaramente di chi « dolo desiit possidere ». Per la nuova il testo decide pure affermativamente, « quia quod ex re nostra fit nostrum esse verius est ». Giustamente si è da un pezzo avvertito che queste parole non possono essere senz' altro le pauliane: precisamente per le specie qui indicate Paolo opinava il contrario [1]! E non si può obbiettare con lo Czyhlarz [2] che tali parole devono intendersi strettamente per il caso della mala fede, intendersi cioè come se Paolo avesse scritto: « poichè, se lo specificante versa in mala fede, sempre appartiene a noi la specie nuova ». Io domando se, volendo dir questo, Paolo si sarebbe espresso come leggiamo nel Digesto. Chi dice: « giacchè sta che è nostro ciò che si fa con la roba nostra » non può sperare che gli altri riferiscano questa motivazione al caso specifico della mala fede. Noto piuttosto che nel citato § 3 Paolo continua a riferire quanto scrive Giuliano, da lui addotto nel precedente § 2; naturalmente egli avrà fatto le sue restrizioni alla esposizione della dottrina sabiniana, le quali saranno state per il solito motivo cancellate dai compilatori; questi hanno però lasciato sussistere la motivazione giulianea, strana in bocca di Paolo, e hanno chiuso con un « *verius est* », che è quasi sempre un sintomo delle loro amputazioni. Coloro che sostengono che qui Paolo segua strettamente le orme sabiniane [3], mentre hanno intuito sostanzialmente il vero, non hanno certo emesso un' opinione plausibile.

---

(1) [Vedi FERRINI, loc. cit.].
(2) Op. cit., p. 343.
(3) Vedi WINDSCHEID, *Pand.*, I⁶, § 187, nota 3 e cit. ivi.

Rimane ora un punto importante, circa l'efficacia che possono avere le varie teorie nel caso di specificazione di cosa propria. Noi abbiamo già visto come, sorgendo una cosa nuova, il dominio di prima tramonti e ne sorga uno nuovo. E già ci siamo trattenuti sugli effetti di questo fenomeno giuridico. È chiaro che tutte quelle conseguenze giuridiche, che presuppongono la continuazione del dominio medesimo e della medesima cosa, vengono meno con tale mutamento. Si domanda ora: *quid iuris* però circa quelle conseguenze giuridiche, le quali non esigono necessariamente la permanente identità della cosa e del dominio, ma almeno richiedono un vincolo intellettuale fra cosa e cosa, dominio e dominio?

Tale è il caso in materia di obbligazioni, e soprattutto del legato di obbligazione. Ormai, mercè le buone indagini gradenwitziane, siamo stati liberati dal pregiudizio di attribuire ai giuristi classici i morbosi riguardi alla volontà del testatore, che invece sono così prediletti dai bizantini. I giuristi classici hanno invece delle norme generali e rigorose, le quali ben potranno nel caso concreto poco accordarsi con l'intenzione del testatore, ma hanno il vantaggio di evitare una continua incertezza e un arbitrio subbiettivo, assai più deplorevoli.

Ora è chiarissimo che i Sabiniani nel legato di dannazione (e a fortiori nel fedecommesso) considerano che, se il testatore o altri specifica la cosa legata, la nuova specie si debba al legatario; giacchè, se è vero che ora si ha una cosa nuova e un dominio nuovo, è pur vero che nell'idea sabiniana cosa e dominio hanno causa sostanziale nella cosa e nel dominio antico: c'è quindi fra essi quel vincolo intellettuale che basta a estendere le obbligazioni (1).

D. 30, 44, 2-3 (Ulp. 22 *ad Sab.*): « Si pocula quis legavit et massa facta est vel contra, item si lana legetur et vestimentum ex ea fiat, Iulianus libro trigesimo secundo scripsit legatum in omnibus suprascriptis consistere et deberi quod exstat (seguono emblemi): sed et si lancem legavit et massam fecit, mox poculum, debebitur poculum ».

---

(1) Vedi già nella mia *Teoria gen. d. legati*, p. 599 sg.

Qui non si può dire più chiaramente che il fatto di avere la cosa nuova causa sostanziale nell' antica fa perdurare la relativa obbligazione. Che i Proculiani pensassero precisamente nell' opposto modo, si può arguire da un testo di Marcello che ora addurremo, da cui si vede anche come la questione di volontà fosse dai giuristi classici interamente lasciata in disparte. In questo passo si tratterebbe di una nuova specie riducibile all' antica: eppure il giurista decide che il fedecommesso o il legato (di obbligazione) si estingue. La ragione è chiara. Il dominio che il testatore ha sulla nuova specie di ornamento da lui fabbricata non ha la sua causa sostanziale nel dominio preesistente sulla specie originaria; egli sarebbe domino della nuova specie, anche se non lo fosse stato dell' antica, poichè acquista il dominio a titolo dell' opera sua. Così il vincolo intellettuale che la teoria sabiniana poneva tra cosa e cosa, tra dominio e dominio, qui è interrotto da una nuova causa intermedia: è l' uomo che figura creatore della specie novella. Ecco il testo [1]:

D. 34, 2, 6, 1 (Marcellus, lib. sing. *resp.*): « Item quaero, si probari possit Seiam uniones et hyacinthos quosdam in aliam speciem ornamenti — — — convertisse, an hos uniones vel hyacinthos petere possit et heres compellatur ornamento posteriori eximere et praestare. Marcellus respondit petere non posse: nam quid (qui *Mo.*) fieri potest, ut legatum vel fideicommissum durare existimetur, cum id, quod testamento dabatur, *in sua specie non permanserit, nam* (immo *Mo.*) *quodammodo extinctum sit?* ».

Tanto poco c' entra la *quaestio voluntatis*, che Marcello continua:

« *ut interim omittam*, quod etiam dissolutione ac permutatione tali voluntas quoque videatur mutata ».

Secondo questi principii si vede che la teoria media doveva distinguere qui pure fra specie riducibili e non riducibili. Delle prime il domino specificante diventava proprietario per causa sostanziale, ossia per il fatto di essere stato domino

---

[1] Cfr. *Teoria gen. d. legati*, p. 600.

della cosa originaria, la cui influenza si sentiva tuttavia. Delle altre egli diventava invece domino per il fatto dell'opera sua; egli appariva come il creatore della nuova specie, e tramontava avanti a ciò l'importanza della causalità sostanziale.

Precisamente così decide Paolo negli esempi contenuti in

D. 32, 88: « Lana legata vestem, quae ex ea facta sit, *deberi non placet*. 1. Sed et materia legata navis armariumve ex ea factum non vindicetur. — — — 3. Massa autem legata, scyphi ex ea facti *exigi possunt* ».

L'*exigi*, il *deberi* mostrano che per lo meno il testo genuino considerava l'applicabilità del Neroniano e, respingendola in un luogo, l'ammetteva nell'altro. Che cosa potè determinare la difforme decisione, se non l'essere la nuova specie là irriducibile, qua riducibile? Non si deve ricorrere a una presunzione di volontà [1]: io non veggo perchè il testatore che fa una veste con la lana legata dia a presumere una intenzione diversa da colui che con l'argento legato fabbrica una tazza. Lo Czyhlarz dice che ciò non ha a che vedere nulla con la nostra questione. Le decisioni dipendono da ciò che per *legatum lanae* non s'intendono le vesti di lana (D. 32, 70), per legato di materiale di legno non s'intendono gli oggetti fabbricati con il legno (D. 32, 57), e invece per legato di argento s'intende legato in genere tutto l'argento del testatore, a eccezione delle monete. Con queste sue riflessioni lo Czyhlarz confonde cose diversissime: Se io lego tutta la lana o tutto il legname o tutto l'argento che ho a Tizio, hanno luogo quelle varie interpretazioni, di cui siamo abbondantemente edotti dalle fonti. Ma se io invece lego a Tizio una determinata quantità di lana greggia o una determinata quantità di legname da costruzione o una massa di argento, e poi specifico tali oggetti, la questione è molto diversa. Là il testatore crea l'obbligazione di dare al legatario tutti gli oggetti presenti e futuri pertinenti a una data classe. Qui invece crea un'obbligazione sopra uno o più oggetti determinati e presenti: si chiede se tale obbli-

---

(1) L'intrepido CZYHLARZ, op. cit., p. 367, afferma senz'altro che questa legge " doch nur vom Standpunkt der Willensinterpretation aufzufassen ist ": cfr. nota 95 (p. 302 sg.).

gazione si estenda pure sugli oggetti che nasceranno da questi per specificazione, e si risponde dalle varie scuole diversamente, non per riguardo alla volontà del defunto, ma in coerenza al modo di rappresentarsi obbiettivamente il fenomeno.

La ragione che dà Paolo in D. 32, 78, 4 è precisamente la medesima con cui la *media sententia* spiega i vari effetti della specificazione. Paolo crede di poter trovare un argomento e un appoggio alla sua teoria nel modo diverso con cui s'interpretavano il *legatum argenti* e il *legatum marmoris*. Perchè, dice, negli oggetti fabbricati con l'argento sempre s'intende vivere potenzialmente la cosa originaria: non in quelli fabbricati con il marmo. Là lo sguardo si appunta nella causa potenziale, qua nell'artificio. Lasciamo a Paolo la responsabilità della sua spiegazione; è certo che essa getta molta luce sulla teoria media e non infirma punto la sana intelligenza di D. 32, 88 (1).

---

(1) A proposito di D. 32, 88, 2 uno schiarimento. Lo scomporre una nave nei pezzi che la compongono è, per la teoria da noi seguita, un dar vita a cose novelle. E, poichè la nave si può ricomporre, non diremo noi che siamo davanti a un caso di specificazione revertibile (cfr. FITTING, op. cit., 354, 362)? Perchè qui Paolo applica il trattamento delle specie irriducibili? Lo CZYHLARZ risponde: " perchè questa è distruzione e non specificazione " (op. cit., p. 368). Ma ciò dipende da un concetto affatto arbitrario di nuova specie. Il vero si è che bisogna non solo che si possa riprodurre la specie di prima, ma che la specie nuova potenzialmente la contenga: cfr. D. 41, 1, 24 e 26 pr. Ora certamente le tavole, benchè possano ricomporsi in modo da ricostruire la nave, singolarmente prese non contengono potenzialmente la nave.

“ Materia „ e “ species „ (*).

1. Recentemente, trattando alcuni punti più contrastati della teoria della *specificatio*, io insistevo sui significati che nei frammenti dei classici hanno le due voci *species* e *materia* (1). I risultati a cui pervenivo erano solo parzialmente nuovi (2); nuova era invece la dimostrazione, e soprattutto la maniera di valutare simili risultati.

Poco appresso usciva la monografia di M. Voigt: « Die technische Produktion und die bezüglichen römisch-rechtlichen Erwerbtitel » (3), il quale dichiarava in una postilla finale (4) di non avere avuto a tempo notizia del mio lavoro, e tuttavia perveniva, rispetto al concetto di *species*, a risultati dalle mie conclusioni sostanzialmente non dissimili, come vedremo.

Contemporaneamente il Perozzi sottoponeva ad un lungo esame le mie osservazioni in proposito (5), arrivando a difformi conclusioni.

La lettura di questi nuovi contributi non mi ha punto scosso nella mia antica convinzione, e credo opportuno addurne brevemente i motivi.

(*) [Nota comunicata all' Istituto lombardo di scienze e lettere in adunanza del 18 giugno 1891, e pubblicata nei *Rendiconti*, ser. II, vol. 24, 1891, pp. 923-31].

(1) In *Bull. Istit. dir. rom.*, 2, 1889, pp. 184-87. [Vedi *supra*, pp. 45-47].

(2) Per *materia* cfr. Fitting, *Arch. f. civ. Praxis*, 48, 1865, pp. 151, 154 e passim; per *species* vedi quanto è detto più innanzi nel testo.

(3) In *Abhandl. d. sächs. Ges. d. Wiss.*, phil.-hist. Cl., XI, 1890, pp. 607-48.

(4) Op. cit., p. 647.

(5) In *Bull.* cit., 3, 1890, pp. 212-40. [Vedi anche le contronote in trad. it. di Glueck-Czyhlarz, *Comment. alle Pandette*, XLI, § 1279].

2. *Species* per me significa la individualità della cosa, e ciò tanto in senso astratto, quanto in concreto: significa cioè tanto la cosa come individuo [1], quanto il complesso dei caratteri che determinano l'individualità [2]. Il Voigt [3] definisce così: « *Species* vertritt die volkswirthschaftliche Eigenthümlichkeit der *res*, somit die volkswirthschaftliche specifische Beschaffenheit des Verkehrsobjectes », mentre in altro senso ammette che *species* designi lo stesso « Verkehrsobject ». La mia definizione, come si vede, non differisce essenzialmente; essa è da una parte più generale, dall'altra più determinata. L'incontro mi sembra argomento per la bontà della tesi. Circa *materia* io scrivevo [4] così: « la voce *materia* suole indicare la cosa originaria, da cui un'altra deriva. Sovente, se una cosa è stata tratta con il lavoro dalla materia greggia, la voce *materia* diventerà sinonimo di *substantia* ». E credo tuttavia che così sia detto esattamente il vero.

3. Asserendo che *materia* significa cosa originaria rispetto ad altra cosa diversa, che è nata od avrebbe potuto nascere da quella, io non ho fatto che applicare ai testi nostri il senso che quella parola (come il termine greco ὕλη, e in coerenza pure alla sua etimologia 'cosa madre') aveva in bocca dei romani colti. È notissimo infatti che, nel linguaggio scientifico romano, *materia* indica anzitutto la causa sostanziale. Così, aprendo a caso un lessico ciceroniano, trovo che *materia* rende la causa sostanziale dei sistemi dualistici greci e specialmente del platonico, e forse tuttavia in *de legibus* 1, 8, 24 l'antica lezione « materiam ferendi generis humani » è preferibile alla nuova « maturitatem serendi etc. ». In piena coerenza a questo tradizionale linguaggio delle scuole, Tertulliano (*adv. Herm.* 25) chiama i dualisti « materiarios haereticos ». Nulla di più naturale che i giuristi, parlando precisamente della formazione delle cose, si attenessero a questo comune linguaggio. E, infatti, quale altro senso può avere la voce *materia* là dove, per es., si applica all'uva donde è tratto il vino? L'uva è la *materia*

---

(1) *Bull.* cit., 2, p. 184 [= *supra*, p. 45].
(2) *Bull.* cit., 2, p. 185 [= *supra*, p. 46].
(3) Op. cit., p. 612.
(4) *Bull.* cit., 2, p. 186 [= *supra*, p. 47].

del vino, ossia la cosa da cui il vino è stato ricavato, la cosa in cui il vino ha la sua causa sostanziale; ma l'uva non è certo la sostanza del vino. Il Perozzi scrive [1] che *materia* « ha nell'immensa generalità dei casi, e certo sempre nei testi relativi alla specificazione, il senso ordinario, che ha anche la voce *materia* nella nostra lingua ». Che ciò si potesse scrivere prima che l'attenzione dei giuristi fosse rivolta all'accurato esame di questi vocaboli, sarebbe spiegabile; ma che così scriva ora un giurista egregio, dopo tanto disputare sui testi, mi è inconcepibile. S'aggiunga pure che con quel senso non si spiegherebbe mai la maniera di esprimersi dei giuristi, i quali distinguono il *dominus materiae* o *is cuius materia sit (fuerit)* dallo specificante. Un dominio o un diritto qualunque sulla sostanza di una cosa è impossibile; il senso evidente di quelle frasi è la designazione del proprietario della cosa madre. E così l'espressione *materia et substantia* di Gaio (2, 79) non è (come il Perozzi crede) una inutile ripetizione di due concetti equipollenti: è piuttosto un'endiade, e significa « la cosa primitiva, che ha fornito la sostanza alla nuova ». Ed appunto perchè si tratta di un'endiade, si spiega che poi il giurista nel seguito del discorso dica « cuius materia (non *substantia!*) sit », riferendosi alla più esatta determinazione precedente.

4. Parimenti usano i giuristi la voce *materia*, per indicare cosa da cui può nascere altra diversa. Così *materia* è la cosa, che viene confusa o commista con altre, quando si vuole accennare alla possibilità che da tale unione sorga nuova specie. *Materia* è la cosa che si dà ad altri per lavorarla, volendosi accennare alla possibilità che venga mutata con il lavoro in altra cosa. In D. 18, 1, 65 si dice « materia in qua aliquid praestatur » appunto perchè si contempla la cosa nella sua possibile funzione di causa sostanziale di un'altra, e vi si dice infatti: « materia — — in eodem statu — — manet », « materia immutatur », dove certamente non si può rendere *materia* per sostanza. Lo stesso dicasi di D. 41, 1, 7, 8, in cui si parla della *voluntas duorum dominorum miscentium materias*: vi si considera il caso che nasca semplice mescolanza e il caso che nasca specificazione (*mulsi et electri novi corporis sit species*). Il Perozzi

---

[1] *Bull.* cit., 3, p. 228.

scrive [1]: « si vede che pur qui è chiamato *materia* sia il vino che, unito ad altro vino, resta vino e sia il vino che, unito al miele, non è più vino, ma si trasforma in altra cosa diversa ». E non si accorge che precisamente questa possibilità di trasformazione è indicata dalla voce *materia*, e che io avevo pertanto tutte le ragioni di scrivere [2]: « ogni cosa può quindi essere *materia*, in quanto da essa derivi per trasformazione un' altra avente propria e diversa individualità ». Ossia ogni cosa si chiama *materia*, ove si tenga calcolo della possibilità che diventi causa sostanziale di un' altra. Specialmente poi i materiali greggi, che sogliono servire alla produzione di nuove cose, si usano indicare in tal modo.

5. Qui è pure la chiave per chiarire l' appellazione di *materia* data al legname lavorabile. In questo senso *materia* si contrappone a *lignum*, ossia legna da combustione [3]: infatti, nell' uso domestico la legna non si abbrucia per ottenere i prodotti della combustione, e non vien pertanto in considerazione nella funzione produttrice di altre e nuove cose. Invece si chiama *materia* anche la legna preparata per fabbricare il carbone, appunto perchè qui simile funzione si considera per eccellenza:

D. 32, 55, 7: « Si lignum sit paratum ad carbones — — conficiendas, ait Ofilius — — carbonum appellatione huiusmodi *materiam* non contineri ».

Cioè il legato di carbone non comprende la legna preparata per fare il carbone, perchè altro è il carbone e altro è la legna. La legna non è certo la sostanza del carbone, ma è la cosa da cui il carbone si cava. *Materia* si chiama poi tecnicamente il legname lavorabile. Così benissimo l' Anonimo ad D. 7, 1, 12 pr.: ματέρια τὸ ῥητὸν ἔχει, ὅπερ δηλοῖ τὰ ἐργάσιμα: « il testo dice *materia*, che significa i materiali lavorabili » [4]. A torto il Perozzi [5] pensa che *materia* indichi solo il legname

---

(1) *Bull.* cit., 3, p. 216.

(2) *Bull.* cit., 2, p. 187 [= *supra*, p. 47].

(3) Sab. in Vat. Fr. 71: " nec materia eum pro ligno usurum ".

(4) Bas. 16, 1, 12, sch. in *Suppl. Zach.*, p. 66. La traduzione latina del passo sopra riferito è ivi inesatta.

(5) *Bull.* cit., 3, p. 225.

da puntello. Qui cade il legname che si riduce poi con il lavoro a tavole, travi etc. per la costruzione, come pure tutto il legname che serve a costruire barche, mobili etc. Cfr. D. 32, 57: « Servius respondit *cui omnis materia* (tutto il legname lavorabile) legata sit, ei nec arcam nec armarium (fatto con quello) legatum esse ». D. 13, 7, 18, 3: « si quis caverit, ut silva sibi pignori esset, navem *ex ea materia* factam etc. ». D. 6, 1, 61: « navem suam *aliena materia* refecisset » [1]. Sta benissimo che talora i pali, i tronchi etc. si adopereranno *ad fulciendum* e però non si specificheranno, ma non dobbiamo dimenticare che qui non si vuol dire che la cosa sarà certo trasformata, bensì accennare a quella possibilità di trasformazione che appunto la rende apprezzabile in commercio. Caratteristici poi i *superamenta materiarum* (D. 32, 55, 4), ossia i ritagli di legname che si formano nella lavorazione.

6. Non è accettabile l'interpretazione che di D. 41, 1, 24 e 26 pr. dà il Perozzi. In questi frammenti si dice che, fatta una statua con il bronzo, *materia manet*; mentre, se con il legname si fa una barca o con la lana un vestito, *materia non manet*. Io dicevo che qui *materia* non può significare la sostanza, poichè la sostanza del bronzo sussiste nella statua, come quella del legno nella barca: bensì può qui tradursi *materia* per cosa originaria; la massa originaria di bronzo può ripristinarsi tal quale, non i tronchi primitivi di cipresso nè la iniziale lana greggia. Nel primo caso la cosa originaria è, per così dire, latente nella nuova specie, è ripristinabile; nel secondo è totalmente perita, assolutamente estinta, non rimane nè palese nè latente.

Ora, questo rimanere (latente e potenziale) della cosa originaria veniva accentuato da quelli che (come Paolo) seguivano la *media sententia* in materia di specificazione. Al Perozzi non piace siffatta spiegazione perchè: *a)* non è vero che pur nei casi della barca e della veste non si possano ripristinare le tavole e il filo di lana; *b)* non gli sembra accettabile quella traduzione di *manere*.

Circa il primo punto, avverto subito che si possono certo riottenere le tavole e il filo, ma non della stessa forma, misura e qualità commerciale che avevan prima; e precisamente

[1] D. 32, 88, 2: " Nave — — dissoluta, neque *materia* — — debetur ".

nel mio articolo ho insistito su questo: che le condizioni per cui una cosa possa dirsi ripristinata sono assai più rigorose di quelle per cui una cosa può dirsi conservata nella sua identità.

Circa al secondo punto, credo che la miglior difesa della mia opinione sia l'esposizione di quella di Perozzi. *Manere* non si deve intendere, come ho fatto io con tanta audacia, nel senso di un rimanere latente e potenziale, non si deve tradurre 'restare ripristinabile'; significa un continuare ad esistere spirituale *(sic)* (1). L'arcano poi dell'esistenza spirituale della materia starebbe in questo: « ciò che predomina nella statua è sempre la materia che la compone; la forma, per cui questa materia diventa l'oggetto statua, è un fatto transitorio...; se invece faccio con della lana un vestito, allora l'idea dell'oggetto vince su quella della materia, non ho della lana in forma di vestito, ho invece un vestito di lana ».

Quando si vede un uomo acuto ed erudito, come il P., accumulare in sì poche righe tante infelici sottigliezze, bisogna pur dire che egli sostiene una causa interamente errata. Infatti non è punto vero che nella statua il principale sia la materia e il secondario la forma: importerà poco che una statuetta sia di bronzo, di ferro o anche di argento, ma importerà molto che sia opera di artista valente. Tanto è vero che una statua di marmo è soggetta per Paolo non al medesimo trattamento di una statua di bronzo, ma a quello della barca e del vestito; prova evidentissima che il trattamento stesso non deriva dalla qualità della forma assunta, ma dalla natura della cosa originaria! Rimane per Paolo la massa primitiva di bronzo nella statua, perchè è possibile il ripristinarla tal quale; non vi rimane invece il blocco iniziale di marmo, perchè questo nella originaria figura e nell'originario volume non si ripristina. Giudichi poi il lettore se sia vero, che il possessore di una statua non dia importanza che alla sostanza di essa, al punto da dire: « ho del bronzo in forma di statua » *(sic!)*, e poi non ne dia alcuna alla stoffa del suo abito! Anzi, il valore e l'importanza commerciale di un abito dipende soprattutto dalla materia ond'è composto; vorrei io sapere se ad una signora è affatto indifferente che un vestito sia di seta, o

(1) *Bull.* cit., 3, p. 223.

di lana, o di cotone! Il valore di un vaso cesellato non varierà moltissimo se esso è di argento o di bronzo, ma il valore di un abito o di una stoffa si regolerà specialmente secondo la sostanza.

7. Io non mi diffondo in altri particolari. Mi sembra che quel significato di *materia*, che al Fitting non era parso esigere una dimostrazione, sia l'unico che spieghi moltissimi passi relativi a questo argomento. Dicendo questo, io devo però ricordare quanto già scrivevo in quel primo articolo: che cioè l'idea di causa sostanziale è così vicina a quella di sostanza, che effettivamente molte volte *materia* assume questo secondo significato. È il complessivo esame del testo, che di volta in volta indica la vera accezione.

8. Veniamo ora alla voce *species*. Io dicevo che per *species* s'intende tanto la cosa, considerata nella individualità sua, quanto il complesso degli elementi che costituiscono l'individualità di una cosa. Il Voigt restringe entrambi questi significati [1] alla cosa che sia « Verkehrsobject »: ed in ciò è giustamente notato dal Perozzi. Siccome poi questi muove al Voigt l'appunto di restringere così il concetto, mentre dichiara del resto sostanzialmente accettabile la sua dottrina, parrebbe ch'egli avrebbe dovuto accettare senz'altro la mia. Invece — e questo punto mi è assai strano ed oscuro — sembra ritenere quella del Voigt più vicina al vero, e propone poi una formola sua, che o non ha un significato adoperabile o rientra nel concetto mio e del Voigt.

Ecco quanto egli scrive [2]: « *Species* significa come nome concreto 'cosa', ma solo in quanto la cosa, che si considera, risponde a un dato tipo, idea di cosa. Così, ad es., *species* è una lancia, ma in quanto appunto è una cosa, che risponde all'idea di lancia *(sic)*. Come nome astratto poi *species* indica la rispondenza di una cosa all'idea di una data cosa; questa qualità, in altri termini, di una cosa di esser compresa nell'idea di una cosa » *(sic)*. Se tali parole s'intendessero letteralmente, si

---

[1] Mi pare infatti che " la peculiarità economica dell'oggetto " o " la specifica condizione economica dell'oggetto " corrispondano a quella che io dico individualità o complesso dei caratteri costituenti l'individualità dell'oggetto, o almeno vi si avvicinino molto.

[2] *Bull.* cit., 3, p. 229.

avrebbe un' idea di *species* incompatibile con l' uso di questo vocabolo a designare le cose infungibili [1]; incompatibile con la proposizione delle fonti che si estingue la *species* di una cosa, se questa diventa parte integrante di un' altra. Forse che, pur in tal caso, la cosa non sèguita a rispondere alla propria idea? Rientra poi nella dottrina nostra il P. se invece pensa che *species* significa una cosa considerata nel suo essere proprio ed individuale, ovvero quel complesso di elementi che concorrono a costituire tale essenza ed individualità. Con questa nostra formola i testi, che il Perozzi [2] reputa intraducibili, si possono rendere nella loro piena efficacia. Per es., D. 6, 1, 6: « appellatio enim rei non genus sed speciem significat »: quando si dice una cosa, s' intende che si abbiano a indicare non le sole qualità generiche, ma quelle che ne costituiscono l' individualità. D. 45, 1, 54 pr.: « in stipulationibus alias species alias genera deducuntur »: nelle stipulazioni ora

---

[1] Anche una cosa fungibile è una *species*; per es., i chicchi di grano " habent suam speciem „; la *species* del vino, del miele, dell' elettro greggio etc. vien ricordata nelle fonti. Quando però si chiama *species* la cosa infungibile e *genus* la fungibile, ciò significa evidentemente che lì la cosa viene in considerazione in quanto è *species*, come individuo, nella individualità sua; qui invece si considera soltanto per le sue qualità generiche, non come individuo. Tale spiegazione di questo uso della voce *species* non è certo nuova, come il P. crede. Essa si trova forse nella maggior parte dei moderni manuali; ricorderò, ad esempio: SAVIGNY, *System*, VI, p. 123 n.; MACKELDEY, *Lehrb. d. röm. R.*, I[14], p. 175; WINDSCHEID, *Pand.*, I[6], § 141, etc. L'errore comune è piuttosto quello di considerare in questi casi *species* come avente un significato particolare e d' interpretare diversamente questa parola, per es., nella dottrina della specificazione. È sempre il medesimo senso della medesima parola. Una lontana intuizione (certo confusa tuttavia) di ciò si trova in FITTING, op. cit., p. 324. A taluni può fare difficoltà la espressione che si trova una volta in D. 46, 3, 29: " communi specie contineri „. Ma ivi *communis species* è detto in luogo di *genus*; e cioè *species* è usato nel senso che ha nella dottrina logica delle classificazioni. La *species*, in cui s' incontrano più altre, è relativamente un *genus*. Cfr. Seneca, *ep.* 58, 8-9: " . . . genus quaerimus, ex quo ceterae species suspensae sunt — — — homo *species* est — —; equus *species* est; canis *species* est. ergo *commune* aliquod quaerendum est his omnibus vinculum — — —. hoc quid est? animal. Ergo genus esse coepit horum omnium „. Ma questo *genus*, questo *commune vinculum* non è poi a sua volta, come Seneca continua a esporre, che una *species*, o, com' egli anche dice, un *genus speciale*. Non è, del resto, in questo unico passo che la voce *species* ha nei giuristi il senso stesso che nei retori.

[2] *Bull.* cit., 3, p. 239 sg.

si deducono oggetti che vengono in considerazione solo per i loro caratteri generici, ora invece oggetti che si considerano nella loro individualità.

9. Il Perozzi pensa a un altro senso di *species:* questa voce indicherebbe la cosa « in opposizione semplicemente a una pluralità, a un intero, a un contenente, a qualche cosa insomma di maggiore o materialmente o idealmente, in cui la cosa che si considera è compresa » (¹). Ma tale osservazione mi pare superflua; i passi relativi s'intendono benissimo con la formola nostra. Per es., io chiedo al depositario un cesto chiuso, che ho deposto presso di lui. Si fa questione (D. 16, 3, 1, 41) se nella *formula* basti indicare in genere che si tratta di un cesto chiuso contenente oggetti o se invece questi si debbano specificare nella loro individualità. Per ciò appunto dice il testo: *an et species comprehendendae sint.* Analogamente altrove si contrappongono le varie *species* alla suppellettile complessiva, o alla dote etc.: si vuole insomma indicare che non si considerano le cose complessivamente, solo come pertinenti a un dato numero, ma che invece si considerano nella individualità loro. E così si può anche intendere perchè talora il significato di *species* si avvicini tanto a quello di *forma*: in molti casi è precisamente l'aspetto (o la figura) esteriore il principalissimo fra i determinanti dell'individualità, e così segnatamente il contrapposto fra *species* e *materia infecta* riceve luce opportuna.

10. Si applichino queste avvertenze ai vari, numerosi testi, e si vedrà che sempre il pensiero del giurista si rivelerà limpido e sicuro. Io scelgo qui un testo solo, sul quale il P. ha fatto alcune note che io non debbo lasciare senza risposta. È il D. 6, 1, 23, 5:

« — — in his corporibus, quae ex distantibus corporibus essent, constat singulas partes retinere suam propriam speciem ».

Ecco il commento del Perozzi. « Il Ferrini traduce qui: 'le singole parti conservano la loro propria individualità'. La traduzione è accettabile, purchè però non s'intenda, com'egli mostra di fare, che ciò significhi solo che le parti conservano la loro forma e sostanza ...; ciò che deve intendersi è invece

---

(¹) *Bull.* cit., 3, p. 230.

che la parte, pur unita all' intero, sèguita però a rispondere al concetto di una data cosa... e non si perde nel concetto di una maggiore, come la porta unita alla casa si perde invece nell' idea di casa » [1]. Ad edificazione del lettore io trascrivo quanto avvertivo nel lavoro cui si riferisce il Perozzi: « Evidentemente qui *retinere suam propriam speciem* non può significare che ' conservare la sua propria individualità ': anche qui sarebbe strano pensare alla forma. Forse che anche il braccio unito per ferruminazione ad una statua non conserva la sua figura? Gli è piuttosto che, cessando di essere autonomo, si reputa estinta l' individualità sua » [2]. Si avvicini ora questo mio commento a quanto nello stesso mio lavoro ho scritto: « la cosa perde ... l' individualità sua ... per assorbimento. L' assorbimento ha luogo, quando una cosa autonoma passa a formare parte integrante di un' altra etc. » [3]. Ora, niuno mette in dubbio la lealtà del Perozzi, e niuno crederà il P. incapace d' intendere periodi così chiari: non rimane altra spiegazione che quella di una svista ben singolare.

Piuttosto io farò avvertire come la sua formola qui non spieghi nulla. Si può sottilizzare fin che si vuole, ma un braccio unito per ferruminazione a una statua continua a rispondere all' idea di braccio, come i materiali inedificati continuano a rispondere all' idea rispettiva. Invece in tali ipotesi la cosa ha perduto l' individualità sua: essa non è più una cosa che venga in considerazione come individuo, che possa formare oggetto autonomo di diritti, ma rimane assorbita nella totalità di un altro ente [4].

---

(1) *Bull.* cit., 3, p. 235.

(2) *Bull.* cit., 2, p. 185 [= *supra*, p. 46].

(3) *Bull.* cit., 2, p. 183 [= *supra*, p. 44].

(4) Vi ha poi una buona ragione per cui Paolo ha scelto l' esempio del braccio unito per ferruminazione e non quello del Perozzi dei materiali inedificati. Infatti qui l' estinzione della *species* non suole essere definitiva: con la separazione può rivivere la primiera individualità. Vedi *Bull.* cit., 2, p. 183]= *supra*, p. 44].

Appunti sulla specificazione secondo il Codice civile italiano (*).

1. Il presente studio mira a portare un contributo alla retta intelligenza degli art. 468-475 Cod. civ., tenendo specialmente conto della genesi loro. A tal uopo cominceremo con un cenno brevissimo della relativa dottrina romana, indispensabile per intendere tutto il successivo svolgimento.

2. I modi originari di acquisto del dominio in Roma si riducono a due grandi categorie: attrazione esercitata dalla persona sulla cosa, attrazione esercitata dalla cosa sulla cosa. Tutte le volte che fra due cose esista un intimo rapporto naturale o di unione o di derivazione, può siffatta condizione fisica assumere espressione giuridica, può cioè una cosa essere attratta nell' orbita giuridica dell' altra e sotto il medesimo dominio. Così il terreno alluvionale è attratto nella condizione giuridica del fondo rivierasco cui aderisce; il braccio di metallo è attratto nella condizione giuridica della statua, cui si aggiunge per ferruminazione; il frutto appartiene al dominio del proprietario del fondo o dell' animale, donde fu prodotto; la cosa nuova che, o per fenomeno naturale o per fatto volontario, deriva dall' antica (per es., il carbone che o l' incendio fortuito della foresta o la cosciente opera umana ha ottenuto con la trasformazione della legna) appartiene a colui che di questa era proprietario. Che nei primi due casi non sorga un

(*) [Nota comunicata all' Istituto lombardo di scienze e lettere in adunanza del 9 giugno 1892, e pubblicata nei *Rendiconti*, ser. II, vol. 25, 1892, pp. 920-930].

dominio, ma si estenda l'oggetto del dominio preesistente; che nel terzo coesistano le due cose autonome (cosa madre e frutto) e i due dominii; che nell'ultimo tramonti l'antico dominio e ne sorga uno novello, sono certamente differenze cospicue, le quali tuttavia non tolgono che sia sempre lo stesso il principio applicato in tutte le dette ipotesi: la differenza si deve soltanto alla diversa contingenza per cui l'applicazione ha luogo.

Questo principio dell'attrazione esercitata dalla cosa sulla cosa soffre notevoli modificazioni in forza dell'altro principio, per cui la libera attività umana può influire sulla condizione giuridica delle cose e attrarle nell'orbita del dominio proprio. La regola fondamentale che il dominio del frutto separato spetta al domino della cosa madre soffre eccezione, per es., nel caso che sulla cosa madre esista un possesso di buona fede di un terzo: eccezione che, almeno nella sua origine storica, si giustifica come un riguardo all'attività del possessore che ha cooperato alla produzione fruttifera. Così, quando B cava con l'opera sua una specie novella dalla cosa che è in dominio di A, ci troviamo di fronte alla possibile applicazione di due principii diversi: la nuova specie può cedere o all'attrazione dell'antica donde è derivata, o all'attrazione della personalità che ne ha determinato l'esistenza.

È notissimo (per quanto non di rado la notizia sia imperfetta o confusa) che i giuristi romani erano su questo punto discordi: che gli uni attribuivano esclusiva efficacia al principio di derivazione, gli altri a quello di creazione. Una media sentenza si venne formando e fu accolta da Giustiniano: deve vincere il principio di derivazione se la cosa antica è ripristinabile mediante trasformazione della cosa nuova; in caso inverso, il principio di creazione. La distinzione, come si vede, non è punto ispirata a considerazioni pratiche, ma solo a vedute di filosofia giuridica. E così ben si spiega perchè, nel caso che lo specificante adoperi in parte materia propria e in parte materia altrui, la proprietà gli debba sempre appartenere: qui infatti con il rapporto di creazione concorre, parzialmente, quello di derivazione.

3. La dottrina romana non fu convenientemente apprezzata dagli interpreti. Si ridussero i modi di acquisto originario alle categorie della occupazione, dell'accessione, della speci-

ficazione etc., perdendo di vista i criteri fondamentali e l'elemento comune. Così tutta la materia concernente la produzione di nuova specie con materia preesistente si oscurò necessariamente. Si credette che mutamento di cosa e di dominio potesse avvenire sol quando la trasformazione fosse opera di chi non era proprietario della materia; si credette che pur in questa ipotesi avvenisse solo trattandosi di nuove specie irriducibili (1). E ciò era logica conseguenza dell' aver ritenuto che i giuristi antichi (i quali concedevano al domino dell' antica specie la proprietà della nuova) pensassero perdurare, nonostante la trasformazione, la cosa e, con la cosa, il dominio stesso.

L' acquisto poi del dominio della nuova specie irriducibile da parte dello specificante o si riconduceva alla figura di occupazione di una *res nullius* (come se *res nova* e *res nullius* fossero concetti inevitabilmente congiunti, e come se non potesse sorgere un dominio nuovo insieme alla cosa nuova!) (2), ovvero, con più infelice costruzione giuridica, alla figura dell' accessione. Quest' ultima teorica aveva avuto eccellenti confutatori, per es. il Vinnio, che opportunamente osservava non avvenire qui l' acquisto per mero processo obbiettivo, ma « nostro ipsorum facto » (3). Con le quali parole, almeno in confuso, l' acuto giurista presentiva che il fatto umano è il contrapposto di quell' attrazione oggettiva cui pur l' accessione va ascritta come specie al genere. Osservava inoltre il Vinnio che « inconcinnum est dicere materiam accedere formae, quoniam haec illam, non illa hanc praesupponit »: risposta vera, ma inadeguata. Poichè dovevasi mirare alla stessa base della dottrina avversaria, e dichiarare che la forma non è cosa in senso giuridico, epperò non è applicabile in alcuna guisa alla forma il concetto dell' accessione, che sempre presuppone più cose in senso giuridico. Gli errori si perpetuano nei commentatori moderni (4). E così vediamo lo stesso Vinnio dichiarare che, nel caso di specie riducibile, il proprietario della materia

---

(1) E cioè che, creandosi la nuova specie o per opera del domino o per caso fortuito, non sorgesse cosa nuova, e nuova e diversa proprietà.

(2) Cfr., per esempio, DONELLO, *Comment. de iur. civ.*, lib. IV, cap. XII (*Opera omnia*, ed. Lucca, 1762, tom. I, col. 706).

(3) VINNII, *In quattuor lib. Instit. comment.* (ed. Ven. 1793), I, p. 145.

(4) Ad es. DEMOLOMBE, *Cours*, X (*Traité de la dist. des biens*, II², Paris 1861), n. 196; DALLOZ, *Répert.* s. v. *Propriété*, nn. 636-643 (vol. 38, pp. 315-16).

lucra la forma data a questa dall' artefice per accessione (« quatenus Sabini sententia approbata est aut ad accessionem res referri potest aut potius rell. »). E appunto per questo suo vizio la controdimostrazione non persuase; e l'elegante, ma superficiale annotatore del Vinnio, l'Eineccio, tornò in ogni caso al concetto dell' accessione, attribuendo anzi senz' altro le proprie confuse fantasie ai romani : « Omnino specificatio pertinere Romanis videbatur ad accessiones, *quia forma nova accederet ad materiam vel contra materia ad formam*; saltem quaerebatur forma an materia habenda sit pro principali etc. » [1]. La ragione, per cui con tanta sicurezza venivano attribuite ai giureconsulti romani idee così poco romane, era naturalmente quella che nelle Istituzioni e nei Digesti i casi detti barbaramente di *specificatio* sono trattati vicino agli altri in cui si avvera il fenomeno dell' accessione. Ora, chi ha letto le nostre avvertenze troverà ben naturale che nelle fonti la materia sia disposta così : non perchè la specificazione sia specie dell' accessione, ma perchè entrambe le figure si riconducono come specie al genere dell' attrazione obbiettiva, in quanto almeno per la prima non vi deroghi il principio dell' attrazione personale o subbiettiva. Il commentario del Vinnio con le note dell' Einеccio è il principale arsenale di quel troppo lodato giurista che fu il Pothier. Nella sua limpida esposizione è raro che questo Gaio francese si allontani da quella sua fonte, non pur nella sostanza, ma anche nell'ordine della trattazione. Ora, il Pothier ha senza dubitare posto la « spécification » fra i casi dell' « accession » [2]. E, seguendo tale fonte, il Codice francese (e quindi il nostro) ha messo la specificazione fra i casi dell' accessione.

4. Dal concetto fallace della specificazione, che (attraverso gli errori delle scuole) è pervenuto nel Codice nostro, si spiega anche l' incompleta comprensione del fenomeno. Anzitutto è notevole la esplicita restrizione ai mobili [3]. La conversione

---

(1) Apd. VINNIUM, op. cit., p. 145.

(2) *Traité du droit du dom. de propriété*, part. I, chap. II, sect. II, art. IV, § 1 (= *Oeuvres*, ed. Bruxelles, 1831, tom. V, p. 251 sgg.).

(3) Vedi, coerentemente al POTHIER, la rubrica in Cod. civ. it., lib. II, tit. II, cap. III, sez. II: " Del diritto d' accessione relativamente alle cose mobili ".

di fondi asciutti in stagni o laghi e di questi in fondi asciutti *(mutata agri forma)* è concepita nelle fonti romane come vero caso di quella che noi chiamiamo specificazione; mentre la fabbricazione e le piantagioni sono ricondotte al concetto di accessione. *De finibus* si può certamente questionare; ma l'importante è che la possibilità del fenomeno sia nelle fonti riconosciuta. Senonchè negli autori, donde pendeva il Pothier, si parlava solo di una *specificatio mobilium*. Così pure, vedendosi nella « specificazione » un' accessione o di forma a materia o di materia a forma, era naturale che si ritenesse essenziale ad essa che la materia subisse un mutamento di forma. Ma nulla di più falso, sia di fronte ai principii più elementari della dommatica giuridica, sia di fronte al linguaggio delle fonti. Dov' è il mutamento di forma, per es., che contraddistingue il mucchio delle materie mescolate dal farmacista e l' unguento che poi risulta dalla loro più intima combinazione? È curioso il vedere come la verità si faccia strada in mezzo ai molti errori; così, ad es., si dice: « cet hypocras, cet onguent *étant de nouvelles substances et non de simples modifications* des matières, que j' y ai employées etc. » [1], dove (come si vede) di forma non si discorre.

5. Gaio non considera *nova res* il grano rispetto alla spiga, donde fu tratto con la battitura, perchè il grano era già contenuto nella spiga stessa e l' operazione si riduce a farlo uscire da essa. Altri giuristi erano d' altro avviso. Il Bachovio aveva voluto estendere il ragionamento gaiano alla specie del vino e dell' olio tratti dall' uva e dalle olive. Un tal ragionamento era conseguente alla teoria che vedeva una specificazione soltanto là dove c' era mutamento di forma. Il succo dell' uva e dell' olivo, che veniva spremuto, non subiva mutamento di forma: si conservava qual era prima nel frutto, e, se poi veniva fermentando o elaborandosi, di forma non mutava. Il Vinnio [2] combatte debolmente questo ragionamento del Bachovio, fedelmente riprodotto dal Pothier [3]: chi ha fatto il vino e l' olio « n'a fait que les exprimer de mes raisins et

[1] Pothier, op. cit., n. 186.
[2] Op. cit., p. 144.
[3] Op. cit., n. 186.

de mes olives, en les débarrassant des enveloppes que les y tenoient renfermées ». Da ciò si può comprendere a quale inadeguato, incerto, arbitrario concetto di cosa nuova si fosse pervenuto, e come la pratica dovesse trovarsi a disagio con siffatte teorie.

6. Ma vi ha di più. Da un pezzo si erano elevate delle voci contro le soluzioni date nelle fonti romane. In Francia aveva inaugurato la ribellione Francesco Connano, il quale, respingendo la nota di *temeritas* e di *arrogantia*, scriveva: « a veterum iurisconsultorum scitis recedam, quorum ego auctoritatem tantisper sequi decrevi, dum ipsi doctrinae suae rationem afferrent » (1). La sua critica è tutta basata sul concetto dell' accessione; si tratta di vedere se è l' *artificium* che *materiae cedere debet*, ò viceversa. Per risolvere la questione, quale dei due elementi sia il principale e quale l' accessorio, egli trova che il concetto della irriducibilità della nuova specie all' antica (accolto da Giustiniano) non serve. Secondo la dottrina giustinianea l' olio, il vino, il cacio si attribuiscono al loro fabbricatore, non al domino delle ulive, dell' uva, del latte. È giusto che qui si consideri come principale l' artificio e secondaria la materia? Non è invece questo l' elemento principale? « Quid enim habent ista artis? ». E invece, trova strano che in una statua di metallo la forma debba cedere alla materia. Quindi propone che, abbandonato il criterio giustinianeo, si adotti quello del valore: se il valore della mano d' opera superi quello della materia, la materia cederà alla forma; nel caso inverso, la forma alla materia. La critica sarebbe giustissima nel supposto che si trattasse di un caso di accessione, ma appunto di accessione non si tratta! Fra i seguaci del Connano cito, per esempio, l' Hotomano (2): in contrario, per es., l' Illigero (3).

7. Il Vinnio non ardisce sottoscrivere all' opinione del Connano; non gli pare che il criterio del valore sia atto a decidere questioni relative all'acquisto del dominio e osserva: « magis

---

(1) *Comment. iur. civ.* (ed. Lione, 1566), p. 172.

(2) *In quattuor lib. Instit.* (ed. Venet., 1569), p. 92.

(3) *Opera* (ed. Lucca, 1762), I, p. 785.

naturale esse arbitror, ut in quaestione proposita inspiciatur, utrum res, quae prius fuerat, extincta sit necne » [1]. Logico, del resto, giacchè per lui si tratta di vedere se abbia luogo la figura dell' occupazione o quella dell' accessione. Ma precisamente per tale motivo non poteva accordarsi con lui l' Einеccio. Costui evidentemente propende per l' opinione del Connano, modificata però nel senso che, ove non si tratti di *materia admodum rara*, debba aversi per principale la forma e per accessorio la materia, almeno ovunque questa consista in una *res fungibilis*, benchè il suo valore superi quello della mano d' opera. Il Pothier s' arresta incerto davanti a queste contraddizioni dei suoi autori e (senza riflettere che le questioni giuridiche vanno risolte con criteri costanti e non con le impressioni individuali, e che ciò che soprattutto importa di conseguire è la certezza della norma), pur ripetendo la distinzione giustinianea in omaggio al Vinnio, permette poi (in omaggio al Connano e all' Eineccio) al giudice di dipartirsene, quando (frase per verità molto elastica) le circostanze lo esigano. Gli esempi da lui dati sono calcati sulle orme dell' Eineccio. Un tale con il mio « lingot d' argent » (cosa fungibile!) fabbrica un lavoro di squisita fattura; la specie è riducibile all' antica mediante fusione: « néammoins je ne dois pas être écouté à revendiquer l'ouvrage fait avec mes lingots, ... mais l'orfèvre doit être reçu à retenir son ouvrage en me rendant de l' argent en masse en pareil poids et de pareille qualité; les lingots étant de la nature des choses fungibles, qui se remplacent par d' autres » [2]. Viceversa un farmacista fabbrica un unguento con miei semplici rarissimi (la *materia admodum rara* dell' Eineccio): io devo avere il dominio della nuova specie. « L' apothicaire à qui on paie le prix de sa façon ne souffre aucun préjudice: au contraire, si l' apothicaire étoit écouté à retenir l' onguent en me payant le prix de mes simples, j'en souffrirois un très grand; car, outre qu' il ne seroit pas facile de fixer le prix de mes simples, quelque somme qu'on me donnât, je ne pourrois pas en avoir d' autres » [3].

---

[3] Op. cit., p. 146.
[1] Op. cit., n. 188.
[2] Op. cit., n. 189.

8. Questa prosa non era la migliore preparazione al codice futuro. Il legislatore (art. 468 Cod. civ.) credette bene di abbandonare completamente la distinzione giustinianea (a cui, sottraendo tanti casi, lo stesso Pothier veniva a concedere ben poca efficacia pratica) e di considerare la forma come accessorio rispetto alla materia [1], a meno che « la mano d' opera fosse tanto pregevole da sorpassare di molto il valore della materia adoperata », nel qual caso « la mano d' opera è considerata come principale » (art. 470). Con ciò dunque il legislatore è sostanzialmente tornato all' idea del Connano, resa però meno pratica dalla locuzione « sorpassa di molto il valore » [2]; tuttavia un tentativo di contemperarla con le opinioni dell' Eineccio e del Pothier si ha nell' art. 474, secondo il quale il domino dei materiali può rinunziare alla rivendica della nuova specie, istituendo invece un' azione per conseguire o in natura altrettanta quantità degli stessi fungibili o l' estimazione in denaro. Con ciò per altro il legislatore ha capovolto il concetto praticamente migliore dei citati giuristi. Essi volevano esclusa nell' accennata ipotesi la rivendica per un giusto riguardo verso l' artefice; il nostro legislatore concede invece a scelta del domino dei materiali la rivendica ovvero quell' azione personale, ove il domino stesso non si senta disposto a rimborsare l' artefice del prezzo della mano d' opera (cfr. art. 468 in fine). Non si capisce davvero perchè, una volta messosi per questa via, il legislatore non abbia creduto di concedere allo specificante di liberarsi dalla *rei vindicatio* consegnando altrettanta quantità degli stessi fungibili. Sicchè lo specificante (« artefice o altra persona » come dice con la consueta ineleganza il legislatore) è sempre esposto alla rivendica, meno che nell' ipotesi dell' art. 470.

9. Se lo specificante adopera in parte materiali propri, in parte materiali altrui, la media sentenza lo costituisce, per la ragione già vista, domino della nuova specie, riducibile o irriducibile. Ma la sentenza fu o negletta o avversata nel diritto comune. Qui si applicò il criterio generale della riducibilità

---

[1] Per semplificare, citiamo addirittura il Cod. civ. it. Le stesse disposizioni ha pure il Cod. civ. fr., art. 570-571.

[2] Cfr. Pothier, op. cit., n. 188.

o irriducibilità; nel primo caso conservando ognuno il dominio della materia propria con diritto a ottenere la separazione, nel secondo caso sorgendo invece la proprietà esclusiva dello specificante. Ma di limite e correttivo a questo principio serviva l' altro della separabilità economica, vigente nel campo dell' accessione e della mescolanza: dove le materie formanti la nuova specie, tuttochè riducibili, non fossero economicamente separabili, si faceva tramontare l' antico dominio su di esse e sorgere il condominio del tutto.

Il legislatore francese modificò coerentemente anche questo punto di diritto, prescrivendo che, se le materie fossero separabili (in senso economico), il proprietario della materia usata senza il suo assenso potesse sempre esigerne la separazione; altrimenti, sorgesse in ogni caso condominio, fosse la nuova specie riducibile o irriducibile (Cod. civ. fr. art. 572, Cod. civ. it. art. 469) (1). Il legislatore avrebbe dovuto dire « possa o non possa questa materia (concorrente a costituire la nuova specie) riprendere la sua prima forma », come ha detto nell' art. 468. Invece egli usa la frase « senza che nè l' una nè l' altra delle due materie sia veramente trasformata » (= Cod. civ. fr. art. 572: « sans que ni l'une ni l'autre des deux matières soit entièrement détruite »), in modo affatto analogo al Pothier. L' idea del legislatore è chiara, benchè il suo linguaggio non sia coerente. Nell' art. 468 (cito ormai per brevità addirittura il Codice italiano) ha davanti il Pothier, che distingue fra specie riducibile e irriducibile, e per mostrare come e quanto voglia allontanarsi dal diritto comune adopera l' inciso « possa o non possa etc. ». Il che era del resto inutile, giacchè, non distinguendo il legislatore, neppur l' interprete avrebbe potuto distinguere.

Nell' art. 469 ritiene invece la frase del Pothier, la quale ha buon senso e nel diritto anteriore e in quello del nostro Codice; ma che per questo risulta inadeguata. Infatti il Pothier aveva davanti a sè due ipotesi:

a) o la nuova specie è irriducibile, e diventa di esclusiva proprietà dello specificante;

b) o è riducibile, e allora:

1) se le materie sono separabili, il domino dei materiali può ottenerne la separazione;

(1) Salve, s' intende, le eccezioni nascenti dagli art. 464 e 472.

2) o non lo sono, e questo diritto cessa, nonostante la riducibilità della nuova specie, e sorge condominio.

Il legislatore, trascrivendo quest'ultima parte, ha dimenticato il caso della irriducibilità: caso che però va per il diritto nostro trattato in modo affatto identico a quello della riducibilità, come si arguisce con sicurezza dall'art. 468. Tutto sarebbe appianato in questo articolo, che ha creato molte difficoltà agli interpreti, se il legislatore avesse scritto « ancorchè nè l'una nè l'altra etc. »; meglio ancora se l'inutile inciso fosse stato tralasciato (1). Anche in questo punto, del resto, ci si appalesa uno dei difetti capitali della legislazione francese; di aver voluto seguire un testo contenente l'esposizione del diritto anteriore pur là dove il diritto nuovo se ne stacca notevolmente. La nuova idea sta a disagio nell'antica forma; l'esposizione non risulta nell'ordine naturale e si creano difficoltà agli interpreti. Gli art. 468 e 469 avrebbero benissimo potuto omettersi dal legislatore; sarebbe bastato avvertire che la trasformazione che un terzo compia della cosa altrui gli fa acquistare il dominio della nuova specie, se il valore della mano d'opera supera notevolmente quello della materia altrui. Ove non sia il caso di applicare questo principio (art. 470), è chiarissimo che la specificazione operata con materiali in parte propri e in parte altrui cade sotto le regole dell'aggiunzione o della mescolanza; e infatti, ammesso che la proprietà perdura sulla cosa nonostante le trasformazioni, a che fare una ipotesi speciale del caso che con l'aggiunzione o con la mescolanza si combini la trasformazione? Dovevasi solo aggiungere che, se il tutto risultante dall'aggiunzione o mescolanza risultasse essere *nova species*, la quota di condominio dello specificante che vi avesse impiegato anche materiali propri si dovesse calcolare non solo *ratione materiae* (in conformità dagli art. 464 e 472), ma anche *ratione artificii*. Sorge ora il quesito se, data l'economica inseparabilità degli elementi (2), possa nascere il dominio esclusivo dello specificante sul tutto quando il valore dei suoi materiali sommato a quello della mano d'opera

---

(1) Analogamente il PAMPALONI nel suo studio: *Osservazioni sull'art. 469 del C. C.*, in *Studi Senesi*, 9 (1893), pp. 96-99.

(2) La condizione è ben posta dal PAMPALONI, loc. cit., p. 100 sg.

superi notevolmente il valore dei materiali altrui, mentre presi isolatamente quei due primi valori non superino, almeno notevolmente, il secondo. L' opinione affermativa si trova nella maggior parte degli autori, benchè non pongano bene il problema: vi accede, correggendo il quesito, con la sua autorità, il Pampaloni. Confesso però di rimanere assai incerto davanti agli art. 464 e 472, da cui deriva piuttosto la negativa. L'art. 464 attribuisce il tutto « al proprietario della cosa che ne forma la parte principale » per se stessa; l' art. 472 a quello la cui materia « potesse essere riputata come principale o fosse di molto superiore all' altra in valore »; se gli articoli dicessero che il condominio sorge tutte le volte che non siavi troppo grande sproporzione fra l' entità delle quote, e che altrimenti è domino esclusivo chi dovrebbe avere la quota maggiore, non vi sarebbe difficoltà ad applicare l' art. 469 combinato con gli altri due nel senso accennato. Nè poi urge l' analogia. Perchè è diverso il motivo che consiglia il legislatore a tener conto della mano d' opera da quello che lo consiglia a tener conto della qualità o del valore di uno degli elementi materiali; e non è perciò detto che ciò che manca da un lato si possa con l' altro integrare o supplire.

10. La fatta esposizione non riesce troppo favorevole al sistema del nostro legislatore; e, se nella pratica non si è sentito più grave disagio, ciò dipende dall' essere questa materia applicabile in casi eccezionali: la regola è data dall' art. 707 (1).

---

(1) Cfr. Aubry et Rau, *Cours de dr. civ. fr.*, § 205 [tom. II5, p. 403]: " Cette matière — — — ne présente aujourd' hui qu' un intérêt pratique fort restreint en présence de la maxime: en fait de meubles possession vaut titre. Ce n' est, en effet, que dans les cas où cette maxime cesse de recevoir application, qu' il y a lieu de recourir aux dispositions des art. 565 et suiv. ". Va notata anche la contraddizione che sorge fra la tenacia con cui il Codice salva i diritti del *dominus materiae* nel caso di specificazione e la facilità con cui nel caso di aggiunzione il proprietario viene spogliato del suo dominio. Si è detto che lo specificante (salvo i casi di cosa furtiva o smarrita) è possessore di mala fede (giacchè altrimenti ha luogo l' art. 707) e che allora " il sistema proculiano avrebbe ordinariamente servito a favorire la mala fede "; ma quest' osservazione si applica ugualmente al caso dell' aggiunzione, e la differenza di trattamento risulta pertanto inesplicabile: cfr. Demolombe, *Cours* cit., n. 199; Dalloz, *Répert.*, v. *Propriété*, n. 638 (vol. 38, p. 317).

De lege ferenda io credo che bisogni risalire oltre il diritto giustinianeo e tornare ad uno dei due antichi sistemi romani, o al sabiniano dell'esclusiva attrazione oggettiva o al proculiano dell'esclusiva attrazione soggettiva. Ogni altro sistema è illogico, senza che la deviazione dalla logica giovi alla pratica, anzi con grave turbamento di questa. Si esamini infatti la *media sententia* accolta nel diritto giustinianeo, indiretta origine delle disposizioni attuali. Perchè la proprietà è negata allo specificante quando la nuova *species* è riducibile? Perchè, si usa dire, in questa potenzialmente vive l'antica, sempre ripristinabile. Ma questo concetto è giuridicamente falso. Non è più ripristinabile in alcun caso l'antica specie, per quanto si possa riprodurre una specie affatto uguale con lo stesso contenuto sostanziale. Potrà essere fisicamente la stessa cosa; ma non lo sarà giuridicamente. In pratica, poi, chi loderà un sistema che attribuisce allo scultore la proprietà di una statua di marmo tratta dal blocco altrui, e gli nega quella di una statua di bronzo tratta dall'altrui metallo? Chi loderà un sistema che attribuisce al macellaio la proprietà della carne tagliata dal corpo dell'animale altrui, il carbone a chi ha fatto ardere la legna altrui, e nega all'orefice la proprietà di uno squisito lavoro artistico eseguito con l'argento altrui? Nè il sistema del Connano è molto preferibile, anche prescindendo dalla poca opportunità di collegare la questione sulla genesi del dominio con l'altra affatto estrinseca e accidentale della proporzionalità dei valori. Essa apre il varco a mille incertezze pratiche, a perizie pericolose e a diversità di risoluzioni in identiche fattispecie. Al contrario, si segua l'una o l'altra delle antiche dottrine romane, si avrà un sistema pienamente logico e coordinato, una norma costante per la pratica, senza possibilità di incertezze. Se poi si volesse preferire la dottrina proculiana, si avrebbe una norma perfettamente corrispondente all'attuale movimento economico, che risolverebbe egregiamente la grandissima maggioranza dei casi pratici: τὸ γὰρ ἅπαξ ἢ δὶς παραβαίνουσιν οἱ νομοθέται. E se taluno mi trovasse alquanto reazionario nel desiderio di ritornare fino a Proculo, lo inviterei a leggere realizzato il mio desiderio nel *Progetto di Codice civile dell' Impero Germanico*, che al § 893 stabilisce come segue: « Wer durch Verarbeitung oder Umbildung eines Stoffes oder

mehrerer Stoffe eine neue bewegliche Sache herstellt, erwirbt das Eigentum an der letzteren » [1].

E i « Motivi » [2] annotano che il voler valutare reciprocamente l' entità dei diversi contributi di materia o di lavoro conduce in pratica a risultati complicatissimi e non risponde neppure alla preponderanza che, per ragioni economiche, va riconosciuta all' attività produttiva.

---

(1) [Vedi ora il § 950 del BGB].

(2) *Motive zu dem Entwurfe*, vol. III, p. 361.

L'azione Publiciana in diritto civile (*).

L'Appleton (1) sostiene che la Publiciana sia un istituto tuttora ammissibile nel diritto francese (e quindi, si potrebbe aggiungere, anche nell'italiano); e in ciò egli approva pienamente l'indirizzo della giurisprudenza. La vivace e gagliarda sua difesa della Publiciana (naturalmente per i beni immobili, giacchè nel diritto francese e derivati il possesso dei mobili vale senz'altro titolo) è tanto più degna di nota, in quanto che, proprio ora, il *Progetto di Codice civile dell' Impero germanico* (§ 881 sgg.) esclude invece addirittura l'usucapione per gli immobili (2). Noi non possiamo apprezzare la portata di questa progettata innovazione: la bontà degli istituti giuridici non si misura che dal loro modo di funzionare, e quindi dovremo attendere anzitutto che quella proposta si converta (se si convertirà) in norma positiva (3). Intanto però avvertiamo che l'usucapione immobiliare e la Publiciana (la quale non è se non una ulteriore esplicazione del principio medesimo) si sono conservate con una meravigliosa tenacia nelle giurisprudenze attuali, e che la pratica non si mostra punto gravemente commossa per gli assalti diretti contro l'ultima da autori (se anche leggieri e superficiali) molto accreditati nel foro, come soprattutto il Laurent. Ora, una siffatta tenacia suole manifestare che una

---

(*) [Pubblicato in *Annuario critico di giurisprudenza pratica*, 2, 1890, pp. 154-56. La breve nota del Ferrini fa seguito ad una più diffusa trattazione del medesimo argomento dovuta a C. Brezzo, ivi, pp. 121-53].

(1) *Histoire de la propriété prétorienne*, II, 1889, p. 330 sgg.

(2) Cfr. anche gli ufficiali *Motive zu dem Entwurfe*, vol. III, p. 306 sgg.

(3) [Ved. BGB., §§ 925-928].

istituzione è proficua e opportuna, non già che sia venuto il tempo di eliminarla dal diritto vigente.

Noi, del resto, non ci occupiamo per ora dell'opportunità, in genere, dell'istituto: bensì della questione di sapere se, nei paesi retti da legislazioni civili a tipo francese, la Publiciana debba considerarsi come tuttora vigente. La questione è, come tutti sanno (e come stiamo per vedere), variamente risolta. Non mai però come qui si appalesa utile la considerazione storica, la quale servirà assai meglio di astratti vaniloqui o di grette esegesi.

Cominceremo con il dire che non è perfettamente esatto il parlare di esistenza o non esistenza della Publiciana nel diritto civile odierno. Pare una questione di parole; eppure è notoriamente questo uno scoglio contro cui urtò il Laurent (1). Già nel diritto giustinianeo con la cessazione delle formule era cessata pure ogni formale differenza fra l'ordinaria rivendicazione e la Publiciana. Il che significa semplicemente che la proprietà nel diritto giustinianeo (e nel diritto intermedio, in quanto si può considerare come un'esplicazione di quello) non è più il «dominio» solenne del *ius quiritium*, ma piuttosto una figura mista di questo e del dominio bonitario o pretorio. E, processualmente, questo significa che l'attore nella rivendicazione non è tenuto a dimostrare rigorosamente il suo dominio (il che suolsi ridurre alla dimostrazione dell'usucapione compiuta in persona propria o in persona del proprio autore), ma solo di essere nelle condizioni di usucapire; sempre, s'intende, qualora possa opporre eccezioni maggiori o pari a quelle del convenuto. Tale era la condizione delle cose in Italia e in Francia fino alla codificazione napoleonica; tale è l'evidente concetto del dominio negli scritti del Pothier, da cui tanto tolsero in queste e altre materie i compilatori del Codice francese; tale il modo con cui, prima e dopo quella codificazione, si comportò la giurisprudenza. Infatti, in quel codice nulla vi ha che escluda detto trattamento; d'altra parte, è certo che

---

(1) *Principes de droit civil*, VI, n. 156: " Il suffit de lire la définition de la Publicienne pour se convaincre que cette action repose sur une fiction ". Cadono, per le osservazioni fatte nel testo, le conseguenze che il Laurent ne ricava.

la proprietà come viene in essa disciplinata è sostanzialmente la proprietà romano-giustinianea, ossia una proprietà avente un carattere relativo. Si protesti quanto si vuole contro questa espressione: io non credo che vi sia giudice odierno il quale dia vinta la causa al convenuto *qui possidet quia possidet*, perchè l'attore dimostrando e il giusto titolo e la propria buona fede e l'esercitato possesso non giunge però a mostrare un possesso sufficientemente lungo per usucapire [1]. Invano si adduce il principio che *actori incumbit probatio*, e che quindi l'attore non deve vincere se non quando dimostri il suo diritto. Appunto perchè trattasi di un diritto relativo, basta dimostrare questa poziorità della propria condizione. E, astraendo da così grave considerazione, osserveremo ancora che, per il diritto nostro, il giudice è tenuto a pretendere la piena dimostrazione del diritto dell'attore e a non contentarsi di probabilità solo quando si tratti di diritti personali, ossia di obbligazioni. Affermare, come fa il Laurent, che il principio enunciato dal legislatore per le obbligazioni debba assumersi in un significato generale, e applicarsi quindi anche ai diritti reali, è affatto arbitrario. Soprattutto è arbitraria tale estensione analogica al dominio, perchè qui l'*eadem ratio* (fondamento indispensabile di ogni analogia) manca interamente. La cosa è, si può dire, necessariamente nel dominio di qualcuno: invece il vincolo obbligatorio è accidentale. L'attore deve dimostrare che l'obbligazione esiste; mentre l'esistenza del dominio non abbisogna di prova, solo deve considerarsi chi fra più contendenti può rivendicarlo. Ora, qui siamo condotti a un calcolo di probabilità: tutte le volte che niuno riesca a fornire pienamente la prova diabolica, il giudice dovrà sempre decidersi a favore di colui che trovasi in condizione poziore. Egli non potrebbe decidere diversamente nè darla vinta al convenuto solo perchè tale, se non quando un esplicito testo di legge glielo imponesse, o l'esigesse la natura eminente-

---

[1] Se la Publiciana competa (per seguire il comune modo di esprimersi) a chi è in corso di prescrizione trentennale, difettando di giusto titolo e buona fede, è dibattuto anche fra quelli che ammettono in genere la Publiciana nell'odierno diritto. Affermativamente, e con buoni argomenti, APPLETON, *Hist. de la propr. prétor.*, II, p. 360 sgg.

mente assoluta del diritto (com' era per il *dominium ex iure Quiritium*); ma presso di noi nè l' una nè l' altra di tali esigenze s' impone al giudice, e noi ben possiamo consolarcene, poichè crediamo che ciò sia pienamente rispondente ai bisogni della vita moderna.

Si sogliono accusare i romanisti di fare dell' archeologia del diritto e di volerci ricondurre a condizioni non più conformi alle aspirazioni attuali. Eppure i romanisti sono ordinariamente coloro che, affinato con il potentissimo strumento degli studi storici il loro senso giuridico, sanno anche farsi il più opportuno concetto della fase che il diritto sta attraversando. L' Appleton è un ottimo esempio di tale mia asserzione. Chi intende meglio la vita giuridica? Egli che riconosce nella proprietà attuale quella elasticità che gradatamente è venuta acquistando, ovvero quei gretti commentatori che, con il pretesto di fare del puro diritto civile, ci riconducono alle XII tavole? E si noti anche questo: i romanisti, appunto perchè lavorano su basi sicure e perchè conoscono nella loro struttura organica e nel loro svolgimento successivo gl' istituti giuridici, arrivano ai loro risultati per vie strettamente giuridiche; mentre spesso gli altri, se la legge tace o se le angustie della legge diventano loro incomode o se propongono rimedi nuovi, adducono considerazioni di equità, principii economici e mille altre cose, che saranno forse bellissime ma certo non entrano nel diritto. Così si opera una confusione tra le varie dottrine, sfumano i più saldi principii, e le varie forze regolanti la società umana, invece di aiutarsi reciprocamente seguendo ciascuna la propria strada, s' impacciano e si confondono intrecciandosi dannosamente nel loro sviluppo.

La proprietà divisa dei diversi piani di una casa (*).

L' art. 562 del nostro Codice Civile considera l' ipotesi che « i diversi piani di una casa appartengano a più proprietari », e dà le norme che devono regolare (in difetto di speciali convenzioni, o di apposite disposizioni dei titoli costitutivi) il riparto delle spese per le necessarie riparazioni.

La proprietà divisa per piani d' una casa è ignota al diritto romano puro: anzi è incompatibile con le teorie fondamentali di esso, in ispecie con quelle che concernono l' indispensabile autonomia dell' oggetto del dominio e le conseguenze dell' accessione. Si tratta di presupposti oggettivi, cui non può derogare la stessa volontà delle parti.

Non è però da credere che in tutto il territorio romano tali principii avessero incontrastata applicazione. Nelle provincie orientali, o almeno nelle greco-asiatiche, esistevano molte case nella condizione accennata di una *communio pro diviso*. Questo stato di cose, che risaliva a tempi molto vetusti (e che aveva la sua ragione economica nell' angustia e nel

(*) [Pubblicato ne *La Temi siciliana,* 2, 1902, pp. 3-5. Si tenga presente lo scritto del FERRINI sugli estratti di Giuliano Ascalonita, cit. nella nota seguente, nel quale il tema è trattato alquanto più diffusamente; nonchè gli scritti citati a p. 132 n. 2. Questo che qui si ripubblica fu dal F. spedito al direttore della rivista con lettera in cui egli, tra l'altro, scriveva: " Sono molto occupato per gli esami, per la versione ed il commento del libro di diritto siro-romano, e per un trattato sulle servitù prediali. Agli studi che ho per le mani appartiene questo breve articolo, che Le mando come primizia ". Vedi ne *La Temi siciliana,* 2, 1902, p. 58].

rincaro delle aree edilizie limitate ad uno spazio relativamente scarso fra la montagna e il mare, come oggi a Genova ed a Napoli), non potè naturalmente essere modificato con l'estendersi del diritto romano dopo Antonino Caracalla. In due documenti, che io ritengo di aver dimostrati coevi (e cioè dei primi anni del sec. VI d. Cr.) e provenienti dalla medesima regione siro-fenicia, vale a dire negli estratti di Giuliano architetto di Ascalona [1] e nel cosiddetto Libro giuridico siro-romano [2], questo punto si trova disciplinato e considerato.

Le due relazioni divergono di ben poco; quella di Giuliano Ascalonita è però più completa. Da esse apprendiamo come ciascun proprietario possa pretendere che gli altri facciano quelle riparazioni che sono indispensabili a tutela dei diritti di tutti; e quindi che il proprietario del piano terreno pensi alle riparazioni dei fondamenti, che il proprietario inferiore rinforzi il muro maestro, etc. Per i fondamenti, il Libro siro-romano (§ 98) prescrive che ogni proprietario contribuisca in parte uguale alla spesa (perchè, dice il testo, « i fondamenti sostengono ugualmente tutti i piani »); e Giuliano insegna, come diritto vigente in Palestina, che ciascuno debba contribuire in proporzione dell'altezza del proprio piano. Il nostro Codice [3] vuole che la spesa si ripartisca « in proporzione del valore del piano che appartiene a ciascuno »; e, poichè (com'è noto) ciascun piano si considera spoglio di ogni abbellimento e ornamento e nella sua costruzione nuda, si perviene in realtà ad un criterio molto vicino a quello di Giuliano. Circa i tavolati orizzontali, Giuliano [4] c'informa che a Cesarea vigeva la consuetudine secondo la quale ogni proprietario inferiore pensava al proprio; e che invece in Ascalona la spesa era ripartita fra i due proprietari, inferiore e superiore: l'au-

---

[1] In Const. Harmenopuli *Man. legum sive Hexabiblos,* II, 4, 12 sgg. Cfr. *Rendic. Istit. lomb.*, ser. II, 35, 1902, pp. 613-22 [= *Scritti,* I, pp. 443-52].

[2] Rimando il lettore anche alla prossima pubblicazione della mia versione latina del libro siriaco di diritto romano [Vedi BAVIERA-RICCOBONO-FERRINI, *Fontes iuris rom. anteiust.*, II, pp. 639-75; e in *Zeitschr. der Sav.-St.*, 23, 1902, pp. 101-143 = *Scritti,* I, pp. 397-437].

[3] Cfr. CAM. BERTOLINI, *Casa divisa per piani*, in *Monitore dei Tribunali,* 20, 1879, p. 249 sgg.

[4] In Harmenop., *Hexab.*, II, 4, 42.

tore consiglia di far sopportare la spesa per due terzi al proprietario inferiore, per un terzo al superiore. È noto quanto siasi disputato nei tempi moderni circa la ripartizione di tali spese, e che vari Codici distinguono se il pavimento sia costrutto a travi o a vôlta e che, pure nel primo caso, si procura di discernere la parte che giova all' uno ed all' altro piano, come soffitto e come pavimento. Comune, tanto in Giuliano quanto nel nostro Codice, è la spesa di manutenzione degli anditi, delle porte e dei vestiboli comuni. Circa il tetto Giuliano prescrive che « ognuno contribuisca alle spese di riparazione proporzionalmente alla propria quota di casa (κατὰ ἀναλογίαν τῶν ἑαυτοῦ οἰκημάτων) ». Se però il proprietario del piano superiore si vale del lastrico solare, in tal caso la sua contribuzione è doppia di quella che altrimenti sarebbe stata. Anche in queste disposizioni troviamo notevoli analogie con il diritto italiano.

Credo che non siano senza qualche interesse per i nostri giuristi queste notizie sopra remoti precedenti della nostra legislazione; i quali (se non sono errate le mie induzioni circa l'origine delle fonti citate) ci riportano alla prassi di tribunali romani sotto l' impero del diritto pregiustinianeo.

Sui consorzi dei proprietari di fondi per la difesa di questi contro le acque dei fiumi (*).

Recentemente la Corte d'appello di Modena (1) ebbe occasione di trattare della natura del vincolo che unisce i proprietari fondiari consorziati per l'esecuzione e la manutenzione di opere di difesa lungo le rive di un fiume, e giunse alle conclusioni seguenti:

« Il diritto spettante al consorzio di esigere i contributi è un diritto reale, e la corrispettiva obbligazione è un peso gravante sui fondi consorziati.

« Inoltre, spetta al consorzio lo stesso privilegio che, secondo l'art. 1962 del Cod. civ., spetta allo Stato per l'imposta fondiaria ».

(*) [In *Annuario critico di giurisprudenza pratica*, 5, 1893, pp. 228-35. Pubblicato anche in *Monitore dei Tribunali*, 34, 1893, pp. 541-42, con qualche variante di cui si è tenuto conto. In *Enciclopedia giurid. italiana*, vol. XII, parte I (Milano, 1900), pp. 389-91, il FERRINI (continuando la voce *Obbligazione* iniziata dal DE CRESCENZIO) tornò sul tema, considerando come " esempio perspicuo di *obligatio rei cohaerens* " le contribuzioni cui sono tenuti i proprietari di fondi consorziati, e anzi l'obbligo eventuale per il proprietario di un dato fondo di far parte di un consorzio d'irrigazione, di bonifica o di difesa; mantenendo le ragioni svolte per cui, pur incombendo l'onere al proprietario come tale, esso non costituisce sicuramente un *ius in re*, e quelle per cui l'essenza dell'istituto deve ricercarsi nelle disposizioni del Codice civile, non in quelle di leggi speciali; e concludendo: " in ogni ipotesi, va abbandonato il concetto di onere reale che ci ha condotti tutti fuori di strada: se mai, si tratta di obbligazioni a subbietto indeterminato e variabile "].

(1) Sentenza 6 maggio 1893, in causa Chiarini c. Ruggerini.

Cercheremo di riassumere brevemente le argomentazioni della Corte.

Lo scopo della istituzione dei consorzi agrari in genere e di quelli per opere di difesa in ispecie è meglio raggiunto, ove si ammetta che, per i contributi dei fondi consorziati, competa un diritto reale. E ciò risponde meglio anche alle altre relative disposizioni della legge 20 marzo 1865 n. 2248 sui lavori pubblici, per cui si riuniscono a perpetuità fondi determinati, volenti o nolenti i loro proprietari, e s' indica un contributo da esigersi in modo speciale.

La legge parla invero dei « proprietari »: essi sono però nominati in quanto tali, in quanto cioè rappresentano i fondi consorziati, che sarebbero i veri enti gravati.

L' esistenza poi del privilegio (di cui all' art. 1962 del Cod. civ.) a favore dei consorzi risulta ben chiaramente dalla stessa legge, art. 119: « L' esazione delle quote di contributo si farà con le forme e con i privilegi dell' imposta fondiaria ». Non dobbiamo supporre che il legislatore abbia usato inutili pleonasmi: la parola « privilegi » deve quindi significare qualche cosa di diverso dalla parola « forme » e, se quest' ultima si riferisce opportunamente al modo di esigere, quella deve rapportarsi alla garanzia reale stabilita dal Codice civile a favore dello Stato.

Tali sono, in breve, le argomentazioni della Corte. La questione merita un attento esame. Ch' io sappia, essa è nuova rispetto ai consorzi di difesa, mentre già altre volte s' è presentata per i consorzi d' irrigazione e di bonifica [1]. Nè a priori può senz' altro dirsi ch' essa abbia in tutti questi casi a ricevere l' identica soluzione, essendo ciascuno di questi tipi di consorzio regolato da speciali disposizioni legislative. Per quel tipo che forma l' oggetto della surriferita sentenza, siamo rimandati ancora alla citata legge del 1865.

---

[1] Per es., App. Bologna, 5 marzo 1892; Cassaz. Torino, 29 marzo 1885 e 9 marzo 1889; Cassaz. Roma, 28 febbraio 1893.

Cfr. Vivante, *Foro italiano*, 17, 1892, I, col. 392 sg.; Chironi, ib., 17, 1892, I, col. 580 sgg.; Gianzana, *Le acque nel dir. civ. it.*, vol. II, parte II, n. 261 sgg. e *L'onere reale ed il contributo dei fondi consorziati*, in *Giurispr. it.*, 44, 1892, parte IV, col. 203 sgg.

Di consorzi fra « coloro che hanno interesse comune nella derivazione e nell'uso dell'acqua, o nella bonificazione o nel prosciugamento dei terreni », discorre anche il nostro Codice civile, agli art. 657-661. Tali consorzi sorgono anzitutto per generale consenso dei cointeressati; però « sulla domanda della maggioranza » di questi la formazione del consorzio potrebbe essere anche ordinata dall'autorità giudiziaria (art. 659). Da questa disposizione si arguisce rettamente che la stessa autorità giudiziaria può costringere a rimanere nel consorzio pur chi subentra per successione particolare al consortista originario. Siffatto vincolo sembra a molti scrittori (anche fra quelli che del resto negano l'esistenza di qualsiasi diritto reale) costituire un vero *ius in re* [1]. La lettera della legge non suffraga però tale opinione: essa parla semplicemente di cointeressati « quando si tratti dell'esercizio della conservazione e della difesa di diritti comuni » (art. 659, cfr. art. 657): il giusto desiderio della maggioranza gode della tutela giudiziaria. In tutto il campo del diritto troviamo casi in cui, essendovi più persone aventi un comune interesse, si ritiene obbligata la minoranza discorde a seguire la volontà della maggioranza, perchè l'ostinazione ingiustificata di quella non abbia a nuocere a tutti. L'autorità giudiziaria deve intervenire per accertarsi della legittimità e serietà delle pretese della maggioranza. In tal caso taluno può essere astretto, contro i principii generali di diritto, a compiere atti giuridici o ad entrare o permanere in rapporti giuridici, per cui si suole altrimenti esigere la maggiore spontaneità. Un esempio ci porge l'obbligatorietà del concordato (remissione parziale di credito) per la minoranza dei creditori; un altro notevolissimo esempio ci porge appunto il cit. art. 659 Cod. civ. con le leggi che s'ispirano ai criteri medesimi. Qui un rapporto di comunione, per cui il diritto vuol respingere ogni parvenza di coazione, è reso in date circostanze obbligatorio non pur nella durata, ma perfino nella formazione! Ora, il fatto che l'obbligo a entrare o permanere nel consorzio derivi *ope legis* dal dominio del fondo non basta ancora a dare carattere reale a quel vincolo. E, per vero, qui il dominio non è che la cagione di tale obbligo;

---

(1) Cfr. anche C. VIVANTE in *Foro ital.*, 17, 1892, I, col. 382.

come, per es., l'appartenenza (anche meramente formale) al culto israelitico vincola a mantenere la università israelitica, come l'esercizio d'industria o commercio vincola a concorrere alla manutenzione delle camere di commercio (legge 6 luglio 1862 n. 680, art. 31), e così via. In sostanza, abbiamo qui pure veri consorzi, nei quali si ha obbligo di entrare o permanere per chi si trovi in determinate circostanze di fatto.

Non convengo pertanto con il Chironi [1] nell'ammettere che il vincolo consorziale sia di natura reale, poichè il proprietario è tenuto a entrare o permanere nel consorzio solo per la sua qualità di proprietario; infatti non tutti i doveri giuridici che incombono al proprietario « come tale » sono diritti reali: la qualità determina la genesi non la natura del vincolo. E neppure giova per tale assunto l'osservare che « l'esistenza del consorzio è fondata su di un interesse, il quale si connette alla miglioria ed all'esistenza stessa del fondo », poichè neppur tale scopo basta a determinare la natura del vincolo, e non è certo incompatibile con il concetto di un obbligo personale.

La stessa legge vigente (art. 661 Cod. civ.) — in quanto rimanda per tali consorzi alle regole stabilite per la comunione, la società e la divisione — fa chiaramente intendere (mi sembra) che essa considera il vincolo fra i consortisti come meramente personale; giacchè un'obbligazione meramente personale genera il contratto di società, e la comunione è il rapporto quasi-contrattuale che vi corrisponde. Ora, come si potrebbe applicare il regolamento di un rapporto affatto personale ad un vincolo di carattere reale?

Del resto, fu bene avvertito dal Vivante [2] che, pure ammettendosi la realità del vincolo che astringe i proprietari del fondo, non ne segue affatto il carattere reale degli obblighi che in tale vincolo hanno la radice loro, e specialmente dell'obbligo al pagamento delle contribuzioni consortili. E non a torto il Vivante si richiamava all'enfiteusi, in cui, nonostante la realità del vincolo, rimane personale l'obbligazione diretta al pagamento del canone. Si avverta che qui siamo davanti

---

[1] *Foro ital.*, 17, 1892, I, col. 580.
[2] Loc. cit.

ad un *facere*, e che dai più fra i moderni scrittori si crede che l'avere ad oggetto un *facere* mal si accordi con il concetto di *ius in re*. Certo il diritto romano repudiava l'idea di un diritto reale cui corrispondesse un *facere*, almeno come regola. Il nostro diritto moderno (a torto, se si vuole, ma il fatto è questo) mira sicuramente a ripristinare in questa parte i concetti romani; e quale altra ragione si adduce per giustificare la soppressione di tanti vincoli reali di prestazioni gravanti la proprietà fondiaria? E noi dovremmo ammettere che un diritto reale, contrastante con il tipo generale di *ius in re* della nostra legislazione, sia stato introdotto senza una sola parola che lo avverta, e che un legislatore, il quale ha sacrificato tanti interessi rispettabili e calpestato tanti diritti quesiti per svincolare da oneri reali (1) di prestazioni la proprietà fondiaria, ne istituisca dei nuovi senza necessità e senza nettamente qualificarli?

L'utilità del vincolo reale è indiscutibile per i consorzi stessi, che ne sarebbero assai meglio garantiti; come per ognuno che vanti un diritto è preferibile che a questo si riconosca natura reale. Del resto, la mera utilità del consorzio non costituisce alcuna prova per l'applicazione della *lex lata*, almeno finchè si terrà conto del vecchio aforisma *adducere inconveniens non est solvere argumentum*; anche *de lege ferenda* essa sola non può avere gran peso. Giacchè, se niuno dubita dell'alto vantaggio che i consorzi possono recare all'agricoltura e all'economia nazionale, niuno può nemmeno negare che ogni peso gravante sulla proprietà fondiaria sia a questa dannoso, che con tali vincoli s'inceppi la libera circolazione dei beni e si tolga il credito e la sicurezza all'istituto ipotecario.

Di fronte alle disposizioni del Codice lo stesso Gianzana

(1) [In *Enciclop. giurid. it.* cit., p. 390, il FERRINI così rettifica a questo proposito: " Aggiungevo parimenti che così si sarebbe costituito un *ius in re* in opposizione al tipo generale di questo diritto secondo il nostro codice, e ciò senza una disposizione di legge: ma in ciò erravo anch'io insieme con tutti gli altri, poichè, dato che l'obbligo del contributo sia ambulatorio e trasmissivo, punto ne consegue che sia un *ius in re*. Appunto questo errore fondamentale noceva a me e ai contraddittori ad un tempo "].

(che del resto è ardente fautore della tesi contraria) deve riconoscere che si tratta di un mero vincolo personale [1].

Occorre pertanto vedere se dal tipo dei consorzi del Codice civile derivino le figure consorziali riconosciute e regolate in altre leggi. La ricerca è ora ristretta per noi alla legge sui lavori pubblici, cui si riferiscono i consorzi di difesa.

Secondo il Gianzana [2] sarebbe gravissimo errore il considerare come figure omologhe i consorzi delle due categorie. « È inutile — scrive egli — andare racimolando disposizioni nel Codice civile ».

E perchè?

Noi troviamo nel Codice civile delineata la figura giuridica del consorzio, e completamente regolata: il legislatore ne discorre negli art. 657-660, rimandando per il resto alle norme concernenti la società, la comunione e la divisione (art. 661). Il consorzio può assumere forma contrattuale, può essere un rapporto quasi-contrattuale; in ogni caso, esso genera determinate conseguenze ed obbligazioni. In altre leggi, per es. in quella sui lavori pubblici, troviamo nuovamente parola di consorzi fra proprietari di fondi. La legge sui lavori pubblici tratta dei consorzi fra gli utenti di strade vicinali, e di quelli per la difesa e la bonifica dei fondi; essa dà alcune regole sulla costituzione di siffatti consorzi, ne determina talune discipline particolari, ma non indica in alcun modo quale sia la loro struttura, nè dove debbano ricercarsi i principii generali che li governino. Non è ovvio, appunto di fronte a questo contegno del legislatore, che noi siamo tenuti a ricorrere al Codice civile, dove si hanno le regole generali dei vari istituti? Non è chiaro che il legislatore non ha inteso di creare una nuova entità giuridica, ma di applicare (come lo stesso nome significa) un istituto già conosciuto e disciplinato nella legge

---

[1] Cfr. *Le acque nel diritto civile italiano*, vol. II, parte II, n. 266, e *L'onere reale ed il contributo dei fondi consorziati* cit., col. 218. L'esposizione del libro sulle acque sembra aver carattere generale e comprendere tutti i consorzi: cfr. specialmente i num. 143-266. Nel lavoro sull'onere reale, però, l'egregio specialista ci assicura che intendeva in quello alludere ai soli consorzi di cui parla il Codice civile. Non si può tuttavia negare che, in tal caso, la primitiva trattazione era tutt'altro che perspicua.

[2] *L'onere reale* cit., col. 218 sg., e altrove *passim*.

generale, ossia nel Codice? Forse che non sono gli stessi, o almeno affatto simili, gli scopi e i mezzi per raggiungerli? Che cosa dunque ci spinge ad ammettere che i consorzi fra i proprietari di fondi secondo la legge sui lavori pubblici siano intimamente diversi da quelli del Codice civile?

Vi è certo una differenza nel modo di costituzione. Qui è l'autorità amministrativa che approva il progetto del consorzio e il suo statuto, che decide sui richiami e le opposizioni degli interessati ed eventualmente costringe i nolenti a entrare nel consorzio. Là invece tale compito è sussidiariamente riservato all'autorità giudiziaria. Ma se la legge, per ragioni evidenti di opportunità, ha creduto di valersi dell'opera dell'autorità amministrativa, muta ciò forse in qualche modo la struttura intima e la funzione dell'istituto? Non parmi in alcuna guisa. Si dirà: qui è più evidente l'interesse pubblico; appunto perchè interviene il pubblico interesse, occorre che sia meglio garantito il raggiungimento dei fini che il consorzio si propone. Ma ben si può rispondere che l'interesse generale non manca neppure nei casi contemplati dal Codice civile; che del resto il legislatore ha già largamente provveduto a questo interesse con l'accordare eccezionali favori ai consorzi circa la riscossione dei contributi.

Si avverta poi che l'obbligo di contribuire alle spese potrebbe per i proprietari dei fondi sorgere indipendentemente dalla esistenza del consorzio, in base ai principii della *in rem versio* e della *negotiorum gestio*, essendo questo uno dei casi in cui non si terrebbe conto della eventuale *prohibitio domini* (1). Ora, la legge stessa mostra chiaro di non ammettere veruna sostanziale differenza fra tale obbligazione, di cui niuno può negare il carattere eminentemente personale, e quella nascente dal rapporto consortile: si vegga infatti quanto essa stabilisce agli art. 55 sgg. circa il reparto obbligatorio delle spese di manutenzione delle strade vicinali fra i proprietari utenti. Tale reparto avviene pur quando non esiste consorzio; la formazione di questo giova sicuramente alla migliore gestione dei comuni interessi ed al contemperamento del vantaggio ge-

(1) Cfr. Cogliolo, *Trattato teorico e prat. della ammin. degli affari altrui*, I, p. 400 sgg.; Scialoja, *Foro ital.*, 14, 1889, col. 941 sgg.; Pacchioni, *Neg. gest.*, p. 685 sg.

nerale con l'individuale; ma non cambia punto, come è agevole vedere, la sostanziale natura della contribuzione.

Possiamo ora procedere alla seconda indagine, cui si riferisce la sentenza: quale sia la corretta interpretazione dell'art. 119 ult. capov. della citata legge sui lavori pubblici: « L'esazione delle quote di contributo si farà con le forme e con i privilegi dell'imposta fondiaria ». La sentenza si richiama all'art. 1962 del Codice civile, che dice: « Sono parimente privilegiati i crediti dello Stato pel tributo fondiario dell'anno in corso e dell'antecedente, comprese le sovrimposte comunali e provinciali, sopra gl'immobili tutti del contribuente situati nel territorio del Comune in cui il tributo si riscuote e sopra i frutti, i fitti e le pigioni degli stessi immobili ».

A mio avviso, però, infelicemente.

Quanto contenga di arbitrario tale interpretazione, può già ricavarsi dal fatto che i suoi sostenitori applicano il privilegio al solo fondo cui si riferisce la bonifica o la difesa consorziale, mentre il privilegio dello Stato per l'imposta fondiaria si estende a tutti gli immobili del contribuente situati nel territorio del Comune dove il tributo si riscuote. È quindi evidente che tale disposizione dipende da speciali ragioni, le quali non si adattano al caso nostro. Ma ciò non dovrebbe appunto far comprendere che l'art. 1962 del Cod. civ. non ha a che vedere con questa materia? O il privilegio spettante allo Stato, secondo il Codice civile, è compreso nella designazione dell'art. 119, e allora bisogna applicarlo tal quale, sia pure contro ogni intrinseco motivo (con quanto vantaggio della proprietà fondiaria, già così eccessivamente gravata nel nostro paese, ognuno può vedere); ovvero bisogna confessare che l'art. 119 mira a tutt'altro.

E, infatti, esso parla di privilegi rispetto all'esazione, mentre il Codice civile discorre di privilegio quale garanzia del credito.

Invano la sentenza si fonda sulla duplice e distinta espressione della legge: « forme » e « privilegi ». Appunto questa duplice espressione ha buon senso, secondo la nostra interpretazione. Poichè per « forma » s'intende il modo di riscossione mediante l'esattore; per « privilegio » la dispensa dall'ordinaria procedura contro i renitenti e l'applicazione del principio *solve et repete*.

La Corte fa questa osservazione: « Il procedimento permesso allo Stato per l'esazione delle imposte, se è di natura sua eccezionale, non può dirsi correttamente privilegiato, giacchè non si concepiscono privilegi in materia di rito ». Noi non discutiamo ora in proposito, ma solo avvertiamo che il *solve et repete* non è per nulla una mera norma rituale.

Nè posso tacere una eccellente osservazione del Vivante [1], il quale trova « inammissibile che il legislatore, introducendo nuovi titoli di prelazione, abbia mancato di graduarli in relazione a quelli dello Stato », mentre il Codice civile regola con cura minuta l'ordine dei privilegi.

La questione circa la natura in genere del vincolo consorziale è stata recentemente trattata da A. Millelire [2]. L'autore osserva che gli art. 657 sgg. del Codice civile si trovano sotto la rubrica « delle modificazioni della proprietà ». Ciò è verissimo; ma tale collocazione non deriva da ciò che il consorzio stabilisca un vincolo reale, ma da ciò che ivi si parla dei consorzi relativi all'uso delle acque, materia regolata appunto nella sezione III del tit. III, lib. II, del Codice civile.

La frase poi, tante volte adoperata [3], che « i consorzi sono associazioni di fondi e non di persone », o significa semplicemente che essi costituiscono vincoli reali, e allora non si può assumere (come fanno certuni) quale argomento, o non ha senso alcuno.

---

[1] Loc. cit.

[2] In *Foro ital.*, 18, 1893, I, col. 622 sgg.

[3] Vedi, da ultimo, sentenza della Corte d'appello di Torino, 7 febbraio 1893 [cfr. *Giurispr. it.*, 45, 1893, parte I, sez. II, p. 193 sgg.].

Sulla " perpetua causa „ nelle servitù prediali romane (*).

1. Sotto questo titolo Silvio Perozzi ha pubblicato (1) una interessante monografia, che io mi studierò di riassumere qui brevemente nei suoi precipui risultati. Dopo di avere passato in rivista le più notevoli opinioni dei moderni scrittori circa la *perpetua causa* e di avere mostrato come esse quasi inconsciamente divergano (e non poco) fra loro, egli viene all'esame del principale testo, a cui tutta quanta la dottrina della *perpetua causa* mette capo, cioè di D. 8, 2, 28 (Paul. 15 *ad Sab.*):

« Foramen in imo pariete conclavis vel triclinii quod esset proluendi pavimenti causa, id neque flumen esse neque tempore adquiri placuit. hoc ita verum est, si in eum locum nihil ex caelo aquae veniat (neque enim perpetuam causam habet quod manu fit): at quod ex caelo cadit, etsi non adsidue fit, ex naturali tamen causa fit, et ideo perpetuo fieri existimatur. omnes autem servitutes praediorum perpetuas causas habere debent et ideo neque ex lacu neque ex stagno concedi aquaeductus potest. stillicidii quoque immittendi naturalis et perpetua causa esse debet ».

Ha ragione il Perozzi quando ritiene che la prima parte *foramen-placuit* appartenga a Sabino, e che sussegua quindi il commento di Paolo (2). Un simile criterio diagnostico della

(*) [Pubblicato in *Archivio giuridico*, 50, 1893, pp. 388-402].
(1) In *Riv. it. sc. giur.*, 14, 1892, pp. 175-257.
(2) Loc. cit., p. 183.

parte di testo e di quella di commento ho illustrato con alcuni esempi a proposito dei libri di Ulpiano *ad Sabinum* [1]. Paolo spiega in quale ipotesi potrebbe nella specie accennata da Sabino consistere una *servitus fluminis*. La nota di Paolo è anche qui pedantesca, come non di rado sono le sue note ai *Pithana* di Labeone: egli avverte che, ove il triclinio ricevesse anche l'acqua piovana, la *servitus fluminis* potrebbe consistere. A questa osservazione, continua il Perozzi [2], si ricongiunge strettamente l'altra sulla *servitus stillicidii*, che si abbina con quella *fluminis*: il periodo intermedio, proprio quello che concerne il requisito *universale* della perpetua causa per le servitù prediali, appare un fuor d'opera, che non si collega col resto. Non mancano altre ragioni per ritenere intruso il periodo. Come fa il giurista a dire che non ha causa perpetua un acquedotto *ex lacu*, mentre l'acqua del lago viene normalmente considerata come viva e perenne? Il Perozzi crede anzi che in ciò sia la chiave vera [3]. Autore dell' intruso glossema dovette essere un greco, che usò la voce λάκκος, λάκος (cisterna), che in realtà è privo di acqua viva. La glossa fu poi trasformata in latino e λάκος fu mal tradotto con una parola uguale per suono e di identica etimologia, ma ordinariamente assunta in diverso significato: cioè *lacus*. Per mostrare che non si tratta di mera congettura il Perozzi adduce l' *Epitome legum* (39, 61), dove si trova appunto detto che « οὔτε ἀπὸ λίμνης οὔτε ἀπὸ λάκκου παραχωρεῖται δουλεία διὰ τὸν κανόνα τὸν λέγοντα πάσας δουλείας τῶν κτήσεων διηνεκεῖς καὶ ἀϊδίους τὰς αἰτίας ἢ τὰς ἀρχὰς ἔχειν ὀφείλειν, ὥς εἴρηται ». Notevole si è — scrive il Perozzi [4] — che la massima ci è presentata come un proverbio giuridico corrente anzichè come un precetto legislativo.

Tolte queste parole, che esprimerebbero un concetto generale da niun altro testo confermato, rimane un principio che non reca veruna difficoltà e che, dati i tipi rigorosamente configurati delle servitù prediali romane, si comprende benis-

---

(1) Vedi *Ottaveno e le sue dottrine*, in *Rendic. Ist. Lomb.*, ser. II, vol. 20, 1887, p. 342 [= *Scritti*, II, p. 123]: ivi ho precisamente insistito sulle frasi *hoc verum est* e simili.

(2) Loc. cit., p. 187.

(3) Loc. cit., p. 192 sg.

(4) Loc. cit. p. 193. Vedi però avanti [p. 153].

simo. E cioè: una *servitus fluminis* (o *stillicidii*) non s'intende che relativa all'acqua piovana. Veramente Paolo ha voluto cercare una giustificazione più generale e di carattere teoretico, e ha introdotto una menzione della *naturalis et perpetua causa* e dato con ciò occasione e all'antico glossema e ai nuovi malintesi. Anzitutto occorre intendere bene che significa *perpetua causa*. La frase non si rapporta alla servitù, come si crede, ma all'*aqua*; e vuol dire che la natura (*causa*) dell'acqua dev'essere continua, viva. Continua può dirsi anche la pioggia nel senso che continuerà sempre, come sempre ha continuato, a piovere, giacchè operano senza interruzione le cause naturali che adducono la pioggia. Questo è (s' io ben l' intendo) il concetto del Perozzi, e questo vorrebbe dire Paolo con le parole: « quod ex caelo cadit, etsi non adsidue fit, ex naturali tamen causa fit ». Ma Paolo — osserva il Perozzi (1) — ragiona male, perchè gli è sfuggita la ragione storica della regola sabiniana. Egli pensò che nelle servitù di uso d' acqua si esige la *perpetua causa* e applicò questo criterio ad una specie affatto eterogenea. Una servitù di acquedotto, una *servitus navigandi* etc. non si concepiscono che su acque aventi una *perpetua causa*, ossia su acque vive. Ma il motivo di questa regola è ben diverso. Nelle servitù prediali ciò che serve dev'essere il fondo, e l'acqua viva solamente è *portio fundi* (cfr. D. 43, 24, 11 pr.). L'acqua non viva è compresa nel fondo, come in ricettacolo, ma non ne costituisce parte, come non ne costituiscono parte i tronchi degli alberi atterrati dal vento, le foglie di cui la brezza autunnale ricopre i viali. Da ciò si scorge quanto inopportunamente Paolo ha pensato a questo gruppo di servitù di acqua per spiegare il testo sabiniano.

Nè opportunamente hanno operato quegli scrittori moderni, che del preteso canone per cui una servitù deve avere *perpetua causa* (e contro cui contrastano varie decisioni delle fonti) si valgono per spiegare alcuni frammenti, che si possono altrimenti e meglio considerare. Così, per es., D. 8, 4, 2. Ivi si nega che possa validamente costituirsi una servitù « de aqua per rotam tollenda ex flumine » o « de aqua ex castello tollenda ». La ragione di ciò deve cercarsi, dice il Perozzi (2),

---

(1) Loc. cit., p. 237 sgg.
(2) Loc. cit., p. 247 sgg.

nel fatto che la *rota* e il *castellum* non sono parti integranti del fondo e però non può in questo caso dirsi che *fundus servit*. La *rota* e il *castellum* sono mobili infissi bensì nel suolo, ma non per complemento o integrazione dell'immobile, bensì per il migliore uso di essi stessi, considerati sempre nella loro individuale destinazione. Così dicasi di D. 8, 3, 9 (cfr. D. 43, 20, 1, 7), in cui il Perozzi (1) crede interpolate le parole *hodie* — *solet*: la *servitus aquae ducendae*, vi s'insegna, non può costituirsi *nisi ex capite vel ex fonte*. La ragione sarebbe (qui pure) che un'acqua deviata dal suo corso naturale, dedotta in bacino artificiale, verrebbe a perdere la sua qualità di viva e perenne.

2. Credo di avere così fedelmente riassunto le idee fondamentali contenute nella pregevole monografia del Perozzi, sulla quale verremo ora facendo poche osservazioni.

Cominceremo noi pure con l'analisi di D. 8, 2, 28. Come abbiamo avvertito, siamo pienamente d'accordo col Perozzi nell'attribuire la prima parte del testo a Sabino: la stessa dicitura, che risente del fare degli antichi giuristi repubblicani, conferma tale avviso. Nè io vorrei con il Mommsen (2) inserire un *si* davanti a *quod*: il periodo (così come ora sta) corre benissimo e riproduce il ritmo delle regole e definizioni dei *veteres*. Nel successivo commento pauliano importa specialmente intender bene la frase « neque enim perpetuam causam habet quod manu fit ». Il Perozzi osserva (3) che il *quod manu fit* non può interpretarsi genericamente, ma deve riferirsi all'acqua versata a mano nel triclinio, giacchè il *quod manu fit* si contrappone al *quod ex caelo cadit*, che non è se non l'acqua piovana: altrimenti (egli avverte) la contrapposizione non reggerebbe. Se non che tale osservazione mi pare troppo assoluta. Non è strano (e tanto meno assurdo, come scrive l'egregio romanista) che si contrapponga l'acqua che cade dal cielo (in quanto cioè costituisce un fenomeno naturale) a quanto in generale dipende dall'attività umana; ossia l'effetto peculiare di una legge di

---

(1) Loc. cit., p. 252. [Vedi FERRINI, *Pandette*, p. 486 n. 3].
(2) Dig. *ad h. l.*
(3) Loc. cit., p. 186.

natura a tutta quanta la serie delle azioni umane [1]. Qual è poi il significato di *perpetua causa*? Secondo il Perozzi [2] qui *causa* deve tradursi per « carattere, natura, qualità » ; e certamente tal senso è frequentissimo nel linguaggio tecnico dei giuristi romani. Siccome però nel linguaggio stesso non è meno in uso l'altro significato di « cagione, origine », così occorre osservare se v'abbiano ragioni speciali che persuadano a preferire l'uno anzichè l'altro significato. L'espressione *perpetua causa* per se stessa non implica l'una piuttosto che l'altra accezione. Quando lo stesso Paolo (D. 23, 3, 1) scrive « dotis causa perpetua est », vuol dire evidentemente che, per sua natura, l'istituto giuridico della dote non ha temporanea destinazione: natura che deriva appunto dall'originaria funzione dell'istituto. Dove invece sempre il medesimo giurista ci avvisa che « quod leges fieri prohibent, si perpetuam causam servaturum est, cessat obligatio » (D. 45, 1, 35, 1), evidentemente intende il motivo, la ragione, la causa del divieto: se tal fatto, che vien proibito dalle leggi, conserverà in perpetuo quella ragione, per cui il divieto ha luogo. Qui bene si tradurrebbe: « Se il motivo, per cui le leggi vietano una determinata cosa, è tale da durare in perpetuo etc. ». Ora, una ragione perchè *perpetua causa* abbia a tradursi nel frammento nostro per « cagione, origine, principio » sta in ciò, che il giurista, dopo avere detto che non ha *perpetuam causam quod manu fit*, suggiunge subito: « at quod ex caelo cadit, etsi non adsidue fit, *ex naturali tamen causa* fit ». La *naturalis causa* qui vien proprio in contrapposizione alla *perpetua causa*; ma non può tradursi altro che così: « avviene per effetto di una legge naturale », « ne è cagione un fenomeno di natura ». Siffatta traduzione è pienamente confermata da quanto si legge in fine del frammento: « stillicidii quoque immittendi naturalis et perpetua causa esse debet », cioè: « lo stillicidio deve avere la sua cagione (la causa, che ne determina lo scopo) in un fenomeno di natura, e per conseguenza verificantesi in

[1] Non è impossibile, per vero, e nemmeno stiracchiata, la seguente versione: " Ciò che si fa per opera d'uomo é di natura sua temporaneo, contingente; mentre la pioggia, che dipende dall'effettuarsi di una legge di natura, non è che una fase di un fenomeno perpetuamente operante ".

[2] Loc. cit., p. 196.

perpetuo » (giacchè in tal modo va sciolta l'endiade *naturalis et perpetua causa*). Non si deve poi tacere che una siffatta traduzione è pienamente confermata anche da quanto ora si legge nella *Epitome legum* (39, 61), dove si dice: διηνεκεῖς καὶ ἀϊδίους τὰς αἰτίας ἢ τὰς ἀρχάς, ossia « le cause o le origini » (1).

Domandiamoci ora che cosa significhi più particolarmente l'aggettivo *perpetuus*. Anche *perpetuus* ha un doppio significato (2): si riferisce cioè a quanto è continuo ed a quanto non ha fine. Si capisce che tra i due significati non v'è necessaria relazione: potendo una cosa essere temporanea, eppur nel tempo in cui dura essere continua. Tuttavia il significato nel caso nostro non mi pare possa essere dubbio, essendo spiegato dallo stesso giurista: « quod ex caelo cadit, *etsi non adsidue fit*, ex naturali tamen causa fit, et ideo perpetuo fieri existimatur ». La pioggia che cade dal cielo, dice Paolo, sebbene non venga ininterrottamente, pure deriva da una legge naturale (continuamente operante) e quindi si ritiene che sia fenomeno perpetuo. È dunque innegabile che il giurista congiunge qui la duplice idea (διηνεκὴς καὶ ἀΐδιος, hanno i greci): *perpetuus* è per lui ciò che opera senza posa, e che esclude pertanto il concetto di interruzione e di fine. Ora, se tale carattere non ha la pioggia considerata in se medesima, lo ha considerata nelle sue cause naturali: tanto basta, perchè si stimi *perpetua* l'origine di questa servitù.

Il Perozzi (3) vorrebbe che si traducesse *perpetuus* nel senso di *continuo*: acqua perpetua sarebbe propriamente (a suo modo di vedere) quella che si raccoglie continuamente, quella che continuamente zampilla, sgorga e scorre; insomma, l'acqua viva. Da ciò stesso si deduce che tale epiteto mal si applica all'acqua piovana: le acque *quae imbribus concipiuntur* sono anzi contrapposte alle acque vive. E infatti (sempre secondo il Perozzi) non si avrebbe in D. 8, 2, 28 che un artificioso concetto di Paolo, il quale fu astretto a tale erronea spiegazione dopo che s'era messo per la via fallace di avvicinare le regole vigenti per il gruppo di servitù di uso d'acqua a quelle

---

(1) Cfr. su questo passo quanto diciamo poco avanti.

(2) Cfr. anche FORCELLINI-DE VIT, *Lexicon*, s. h. v., già citato dal PEROZZI, loc. cit., p. 196.

(3) Loc. cit., p. 196 sg.

delle servitù di *flumen* e di *stillicidium*. La prova poi, che *perpetua causa aquae, perpetua aqua* indichino l'acqua viva, deduce il Perozzi (1) dalle seguenti considerazioni. In D. 43, 14, 1, 3-4 Ulpiano scrive che « lacus est quod *perpetuam* habet aquam », mentre « stagnum est quod temporalem contineat aquam ». Ora, dice il Perozzi, « acqua negli stagni ce n'è sempre, come ce n'è sempre nei laghi, tant'è vero che si estingue l'usufrutto su di un luogo ridotto a stagno, mentre non si estingue per un'inondazione ». Il *perpetuo* qui si contrappone, secondo il Perozzi, al *temporale*, non perchè l'acqua sia sempre in un bacino e non sempre nell'altro, ma perchè nel primo essa si raccoglie continuamente per fiumi o sorgenti, nell'altro invece non si raccoglie che in tempi e per cause speciali *(plerumque hieme cogitur)*: dunque, perchè solo nel primo caso trattasi di acqua viva. Ma qui bisogna avvertire più cose. Non è vero che nello stagno siavi sempre acqua; anzi ordinariamente è vero il contrario. E tale è l'innegabile significato delle parole di Ulpiano: « aquam ... stagnantem, quae quidem aqua plerumque hieme cogitur » (D. 43, 14, 1, 4), non vuol già dire che solo nella stagione invernale l'acqua venga nello stagno, ma piuttosto che lo stagno si riempie nella stagione piovosa, inaridendo poi nell'asciutta. Nè vale addurre per la perpetuità delle acque nello stagno che, se un fondo convertesi in stagno, cessa l'usufrutto costituito su di esso: poichè è evidente che, convertendosi un fondo in uno stagno, che pur in qualche mese dell'anno si prosciughi, più non è possibile mantenere l'uso e la destinazione primitiva di quello; e tanto basta perchè neppure l'usufrutto si possa mantenere.

Meno ancora poi si può addurre, a prova dell'equazione fra *aqua perpetua* e *aqua viva*, l'antitesi fra *perpetuum flumen* e *torrens*, poichè qui è troppo chiaro il contrasto fra l'acqua che c'è sempre (ἀένναος) e quella che ordinariamente non c'è che nella stagione piovosa (χειμάρρους): il *torrens* è proprio definito (Festo *h. v.*) « fluvius... qui alioquin siccitatibus exarescit ». D'altra parte, è erroneo ritenere che il torrente non abbia acqua viva. L'acqua viva è quella che scaturisce da sorgente, e si contrappone a quella che cade direttamente dal cielo. E i torrenti scaturiscono da sorgenti, le quali o si pro-

(1) Loc. cit., p. 197.

sciugano del tutto in tempo di siccità o sgorgano in copia tanto esigua da non bastare a mantenere l'acqua per tutto il loro corso.

Che l'*aqua viva* non sia la stessa cosa dell'acqua perenne o perpetua, prova anche D. 43, 22, 1, 4. Ivi si dice:

« Hoc interdictum (*scil.* de fonte) de cisterna non competit: nam cisterna non habet perpetuam causam *nec* vivam aquam. ex quo apparet in his omnibus exigendum, ut viva aqua sit: cisternae autem imbribus concipiuntur ».

La cisterna nè ha acqua perpetua nè ha acqua viva (son dunque cose distinte); all'acqua viva contrappone il giurista quella che deriva immediatamente dalla pioggia, che cioè non sgorga dal suolo. E, per vero, l'interdetto in parola si rapporta direttamente alla *fontana aqua* (D. h. t. 1, 1), tanto se si consideri direttamente la sorgiva *(fons)* quanto se si consideri un lago, un pozzo, una peschiera dalla sorgiva alimentata.

Applicando ora tutte le considerazioni finora svolte, ci sembra che la prima parte del commento di Paolo possa intendersi così: « Ciò è vero nella ipotesi che nel triclinio non cada l'acqua piovana; giacchè quanto vi si fa per opera umana non procede da cagione perpetuamente attiva, mentre l'acqua cadente dal cielo, se anche non scende ininterrottamente, dipende però da una legge di natura (perennemente operante), e può quindi considerarsi come fenomeno in azione perpetua ».

3. Prima di confrontare la dottrina che pende da questo testo pauliano con tutto quanto conosciamo circa la presente materia, dobbiamo esaminare le ragioni ingegnosamente addotte dal Perozzi per presentare siccome un glossema il brano ***omnes*** *autem — aquaeductus potest* (¹). Fra le quali a me pare che si debba senz'altro scartare quella che egli deduce dal confronto con la *Epitome legum*. Le fonti di questa sono esclusivamente (oltre il Prochiro) le elaborazioni del Digesto e del Codice, fatte dai giuristi del tempo giustinianeo, e le Novelle (²). Il brano nostro dovette quindi trovarsi proprio in una delle

---

(¹) Loc. cit., p. 187 sg.

(²) Cfr., da ultimo: ZACHARIAE v. LINGENTHAL, *Gesch. d. griech.-röm. Rechts*³, p. 25 sg.

elaborazioni dei Digesti fatte nell' età giustinianea: ciò che esclude che si tratti di un glossema infiltratosi dopo la compilazione del testo latino. Quale dovette essere la versione, donde il brano fu preso, appena è lecito dubitare: lo stile accenna troppo chiaramente a Stefano [1]. E a Stefano accenna anche la frase ὡς εἴρηται, da lui spesso adoperata per indicare ch'egli aveva più sopra (nella proteoria) esposto il principio, su cui nel κατὰ πόδας strettamente detto ritorna. La frase significa « come più sopra abbiamo visto », non già (come crede il Perozzi [2], il quale ne trae anzi un argomento per escludere che il passo si trovasse nei Digesti) « come si dice » (ὡς λέγεται): si tratta infatti di un perfetto passivo. Una certa verosimiglianza per l' ipotesi di un glossema vi sarebbe forse nella singolare corrispondenza di λάκκος con « lacus »: ma si pensi che qui λάκκος rende lo stagno, giacchè al *lacus* corrisponde qui esattamente [3] la voce λίμνη. Ora λάκκος per stagno (soprattutto per uno stagno soggetto a frequenti prosciugamenti, che lo riducano ad una fossa, depressione del terreno) non è mal detto e non è senza esempi, come i lessici insegnano.

Ma se queste riflessioni escludono che il passo, di cui ci occupiamo, sia un glossema posteriore alla compilazione dei Digesti, non escludono però che possa essere od un glossema infiltratosi nell' opera genuina di Paolo od un emblema dei compilatori. L'argomento che si desume dalla circostanza che questo periodo spezza il filo del discorso ed introduce la menzione di servitù eterogenee fra quelle strettamente affini di *flumen* e di *stillicidium*, non mi commuove troppo, poichè nulla vieta di ammettere che il giurista aprisse una parentesi per chiarire l' importante concetto della *perpetua causa*, da lui accennato, e la sua applicazione. Il Perozzi adduce due altri argomenti: quello, cioè, che qui *perpetua causa* è riferito direttamente alle *servitutes*, mentre nel discorso precedente si riferisce o all' acqua o all' attività umana; e l' altro che *lacus*, specialmente in contrapposto a *stagnum*, si adopera per indi-

---

[1] Il brano esisteva sicuramente anche nel σύντομος dell'Anonimo; cfr. il Tipucito ad h. l. (Bas., Hb., V, p. 195 n. *e*): καὶ ὅτι ἀπὸ λίμνης ἢ ὑδροστασίου ὑδραγώγιον οὐ συνίσταται.

[2] Op. cit., p. 193.

[3] Come nel σύντομος dell' Anonimo.

care un serbatoio di acqua perenne, che fornirebbe anzi precisamente un esempio di *perpetua causa*. Il primo argomento si può forse dissolvere, osservando che è troppo facile il passaggio dalla causa di quanto costituisce l' oggetto della servitù alla causa della servitù stessa [1]. Circa la seconda, si facciano le seguenti avvertenze. Non è punto vero che, per sè, la parola *lacus* diversifichi nel senso accennato dalla parola *stagnum*. *Stagnum* e *lacus* (cfr. λίμνη) sono bacini di acqua: *stagnum* non suolsi usare che dei bacini d'acqua stagnante, soggetti perciò più facilmente a periodici prosciugamenti; mentre *lacus* indica il bacino alimentato da acque vive, che non è però necessariamente perenne. E, se già non si rileva dal discorso complessivo, il carattere di perpetuità deve notarsi con qualche altro termine: così lo stesso Paolo (D. 8, 3, 23, 1) chiama *perpetuus* un *lacus* in cui l'acqua non viene mai a mancare [2]. Sta bene che *lacus* si adduca insieme a *stagnum*, il che farebbe credere che si tratti di cose essenzialmente diverse, com' è infatti nell' editto commentato da Ulpiano in D. 43, 14, 1, 3-4. Ma non si deve negare che l' essere il *lacus* nominato insieme allo *stagnum* può anche far ritenere che si alluda a quella specie di *lacus* che ha con lo *stagnum* la medesima affinità; ossia a quel bacino d' acqua viva, ma non perenne, che va soggetto di tempo in tempo ad inaridirsi. Innegabilmente ha questo senso *lacus* (e proprio accanto a *stagnum*) in D. 41, 1, 12 pr. (Callistr. 2 *inst.*): « lacus et stagna, licet interdum crescant, *interdum exarescant* rell. ». E Paolo avrebbe proprio potuto usare in D. 8, 2, 28, senza scrupoli, la parola *lacus* in questo senso, avendo già avvertito che si trattava di esempi in cui mancava la *perpetua causa*: infatti la frase *omnes autem - aquaeductus potest* è traducibile benissimo così: « Tutte le servitù prediali devono avere cause perpetue, quindi da un bacino d' acqua (non costituente causa perpetua) viva o stagnante non può concedersi la servitù di acquedotto ». E questo è indubbiamente il modo, in cui il passo fu inteso dai greci. L'Anonimo (come ci consta dal Tipucito) rendeva *lacus* per λίμνη e *stagnum* per

[1] Tanto più dato il concetto di *causa* che noi abbiamo svolto più sopra.

[2] Cfr. CIL. II, n. 2395: " diis deabusque *aeternum lacum* — — — sacravit ".

ὑδροστάσιον, che significa letteralmente serbatoio di acque ferme e stagnanti (¹). Stefano (come risulta dall' *Epitome legum*) rese pure *lacus* per λίμνη, e per significare stagno usò la voce λάκκος « fossa, cavità che si riempie d' acqua » (²).

A noi pare dunque che il testo possa reputarsi sostanzialmente genuino. Nè ci rimuove il fatto che nella prima parte del frammento la *perpetua causa* è presentata come una qualità del fondo dominante e qui invece come una qualità del fondo servente: la *perpetua causa* nell' uno e nell' altro brano si rapporta non tanto all' ente dominante o servente, quanto all' origine di ciò che costituisce l' oggetto del vincolo reale, origine che può nell' uno o nell' altro indifferentemente trovarsi. Non contradittorio, non incongruo è l' esempio dell' acquedotto accanto a quello dello stillicidio, poichè l' oggetto è in entrambe le servitù lo scorrere dell' acqua: tale « scorrere dell' acqua » deve avere tanto nell' una quanto nell' altra una origine stabile, permanente, perpetua, non transitoria e contingente; per quanto tale perpetuità (e vedremo le ragioni) nelle due specie diversamente si configuri (³).

4. Che una *servitus navigandi* possa costituirsi soltanto sopra un *perpetuus lacus* è attestato dallo stesso Paolo (D. 8, 3, 23, 1); che « nulla... alia aqua duci potest nisi quae perennis est » insegna Ulpiano (D. 43, 20, 1, 5). Abbiamo già veduto la ragione acutamente escogitata dal Perozzi per spiegare queste regole: solo l' *aqua viva* è *portio fundi*, solo pertanto nel caso

---

(¹) La versione dell' Anonimo è verosimilmente contenuta nella stessa *Epitome legum*, 39, 66, in un passo molto guasto, ma che (con l' aiuto del Tipucito) parmi si possa agevolmente ricostruire così: πᾶσαι δὲ τῶν ἀκινήτων δουλεῖαι διηνεκῆ [αἰτίαν] θέλουσιν ἔχειν. ὅθεν ἀπὸ λίμνης ἢ ὑδροστασίου ὑδραγώγιον [οὐ συνίσταται]. Ora invece, nel codice Ambrosiano da me scoperto [cfr. *Scritti*, I, p. 339 sgg.], si legge: πᾶσα δὲ τῶν ἀκινήτων διηνεκῆ δουλείαν θέλουσιν ἔχειν. ὅθαν ἀπὸ λίμνης ἢ ὑδραγωγίου ἢ ὑδροστασίου.

(²) Nelle iscrizioni *lacus* suol significare fossa, bacino artificiale, che serve o ai bagni o per lavare o per serbatoio di acque derivate da fonti o acquedotti, senza che s' intenda che debba sempre avere acqua. Cfr. CIL. II, nn. 1071, 1478, 1968, 3280; VIII, 1, nn. 51, 2406, 2631 (" quod annis IIII cessaverit "), 4766; IX, nn. 1643 (cfr. 1644), 4786; X, 1, nn. 5807, 6428; X, 2, n. 7954; XII, 1, nn. 2606, 4199; etc.

(³) DONELLO, *Comm. de iur. civ.*, lib. XI, cap. III, § 2 (*Opera omnia*, ed. Lucca, 1762, tom. III, col. 241).

che l'uso cada su acqua viva diremo che *fundus servit* [1]. Senonchè tale osservazione, certamente ingegnosa, non persuade dopo maturo esame. Il fondamento precipuo di essa sta in D. 43, 24, 11 pr. Ivi Ulpiano vuole spiegare (sulle tracce di Labeone) perchè « is qui in puteum vicini aliquid effuderit ut hoc facto aquam corrumperet » sia tenuto con l'interdetto *quod vi aut clam*, mentre « hoc interdictum ad ea sola opera pertinet, quaecumque in solo — — — fiunt » (D. *eod.*, 1, 4). Il giurista spiega : « portio enim agri videtur aqua viva ». È lecito dedurre, con argomento a contrario, che l'acqua morta non sia *portio agri?* Non mi pare. Il giurista parla di acqua di pozzo che è (meno casi affatto eccezionali) acqua viva, non piovana e raccogliticcia, e dice che tale *aqua viva* è porzione del fondo : chi corrompe tale acqua reca perciò danno al fondo. Dell'acqua stagnante egli qui non si occupa. E infatti una *ratio dubitandi* potrebbe esservi piuttosto per l'acqua viva, che continuamente si rimuta, non per l'acqua ferma, che copre la superficie del suolo. Questa, quando sia raccolta in bacini e serbatoi formatisi entro il suolo, deve, a mio avviso, considerarsi *a fortiori* come parte integrante del fondo. Nè, del resto, la spiegazione del Perozzi (anche se fosse giusta) è sufficiente. Infatti essa non chiarisce perchè io non possa acquistare una *servitus navigandi* su un *lacus* non *perpetuus*, ossia sopra un serbatoio alimentato bensì da sorgenti (acqua viva), ma non esente da periodici prosciugamenti ; e non spiega perchè io possa dedurre un acquedotto da un torrente, per servirmi dell'acqua quando vi scorre, quantunque i torrenti siano alimentati (quasi tutti almeno) da acque vive, che però in qualche epoca più asciutta o cessano di scaturire ovvero scaturiscono in copia tanto esigua da non potere irrigare tutto il percorso del letto. Anche qui abbiamo confuso « acqua viva » e « acqua perenne », mentre non ogni acqua viva è perenne e, per es., un *lacus* non *perpetuus* si distingue dall'idrostasio.

Il Perozzi per sostenere tali idee è costretto addirittura ad ammettere che Paolo ignorasse il motivo per cui la servitù di acquedotto presuppone acque perenni (mentre i suoi contemporanei, per es. Ulpiano, l'avrebbero ben conosciuto !) e

---

[1] Loc. cit., p. 255 sg.

che perciò erroneamente estendesse ed applicasse il concetto di *perpetua causa* [1]. Ma io credo invece che non siamo autorizzati a stabilire un concetto della *perpetua causa* in contraddizione con gli insegnamenti di Paolo.

5. Riassumiamo: Sabino nega che un foro praticato nel pavimento di un triclinio per farne uscire l'acqua versata *proluendi causa* costituisca una *servitus fluminis*; Paolo ne dà la ragione. La *servitus fluminis*, dice egli, si ammette solo per le acque piovane, poichè qui l'acqua (e per conseguenza la servitù di cui essa forma l'oggetto) ha la sua origine in un fenomeno dipendente da una legge di natura perfettamente operante: ha *perpetua causa*. Questo requisito della perpetuità della causa non è ristretto alla *servitus fluminis*. È un requisito generale. Ecco perchè non si concede una servitù di acquedotto derivante da un serbatoio di acqua non perenne, sia viva o stagnante. Ciò che si è detto del *flumen* dicasi dello *stillicidium*: la causa dev'essere qui *perpetua* nello stesso senso, in quanto pende cioè da un perenne fenomeno della natura.

Questa parafrasi fedelissima del testo mi pare che non offra incongruenze. Ma, se tale è veramente il pensare di Paolo, sorgono difficoltà non lievi. Perchè la *perpetua causa* è intesa tanto diversamente per le servitù di *flumen* e *stillicidium* e per quelle, per es., di acquedotto e *navigandi*? E come si concilia un requisito generale della *perpetua causa* con una serie di decisioni contenute nelle fonti, che sembrano astrarne completamente? E, finalmente, quale sarebbe la ragione di un requisito così strano e molesto?

6. Secondo il Perozzi [2], la decisione di Sabino si spiega agevolmente pensando che il tipo delle servitù *fluminis* e *stillicidii* era quello dello scarico dell'acqua piovana e che le servitù prediali hanno nel diritto classico una struttura rigorosamente tipica. Ammettiamo pure tutto questo; ma ancora la decisione non è chiarita. Il giurista infatti non si limita a negare la *servitus fluminis*: nega in genere che possa esservi servitù in tali circostanze, e che quindi per decorso del tempo

---

(1) PEROZZI, loc. cit., p. 237 sg.
(2) Loc. cit., p. 239 sg.

si possa acquistare un diritto in proposito. Nè Paolo — il quale scrive molto tempo dopo, quando, specialmente per merito della scuola proculiana (Proculo e Nerazio), la dottrina delle servitù aveva ricevuto tanto incremento, dopo che tante nuove figure si erano venute riconoscendo — aggiunge veruna parola che dimostri l'ammissibilità in quella specie, se non di una *servitus fluminis*, di un'altra servitù, e la possibilità di acquistare un tale diritto per decorso del tempo. Anzi (a ben vedere) esclude che tale servitù possa esistere, data la mancanza di quella ch'egli chiama *perpetua causa*.

Dire che tutto questo è una serie di errori di Paolo, non si può senza manifesta audacia. Nè, del resto, appare preclusa una via per spiegare la differente portata della *perpetua causa* nelle servitù di *flumen* e *stillicidium* in confronto con la *perpetua causa* in quelle di *aquaeductus, a. haustus, navigandi*. Occorre por mente al fine delle due serie di servitù. Lo scopo della prima serie di servitù è quello di liberare gli edifici dall'acqua in essi cadente; lo scopo della seconda serie è quello di usare, godere di una massa di acqua. Ebbene, nel concetto del giurista la *causa* della servitù dev'essere qua e là perpetua: nell'un caso c'è infatti una legge di natura perpetuamente operante, di cui è conseguenza la pioggia; nell'altro si esige una massa d'acqua non mai deficiente. Male si direbbe che anche uno stagno, che si riempie per la pioggia, riceve l'acqua per un fenomeno perenne della natura: poichè qui non è la pioggia direttamente che viene in considerazione, che costituisce la *causa* diretta della servitù, ma la massa di acqua considerata indipendentemente dalla origine sua. Ora questa massa di acqua non è perenne: lo stagno si prosciuga nella calda stagione, e la *causa* è perciò deficiente per la costituzione di una servitù [1].

---

[1] Che questa sia la vera ragione, non quella che l'acqua dello stagno è una cosa mobile contenuta nel fondo anzichè porzione del fondo stesso, può dimostrarsi anche con D. 7, 4, 10, 2-3: ivi, parlandosi di uno stagno o di una palude definitivamente prosciugata, si dice *res mutata*. Ora, il fondo non si potrebbe dir mutato per essere stato rimosso un oggetto mobile che conteneva, ma sì invece per aver perduto una parte integrante che ne costituiva l'essenza.

Che un vero *aquaeductus* non possa alimentarsi con acque piovane è per sè ovvio. Il Perozzi cita in contrario l'iscrizione CIL. X, 1, n. 6526

E questa mi pare la spiegazione più semplice anche del principio che l'acqua (dei fiumi privati) non può derivarsi che *ex fonte, ex capite* (dalla sorgiva) [1]; infatti un fiume privato è quello per cui l'acqua non suole scorrere perennemente: altrimenti, secondo l'opinione prevalente dei giuristi romani, si avrebbe un fiume pubblico. Ora solo al fonte, al *caput* può esservi ordinariamente la certezza dell'acqua perenne, la quale in talune stagioni dell'anno scorrendo in copia esigua si disperde ed esaurisce lungo il percorso, mentre raccolta al fonte con apposito canale può servire agli usi della irrigazione e simili. E perciò *iure civili* solo *ex capite* o *ex fonte* « harum aquarum servitus constitui potest ».

7. La costituzione delle servitù non poteva aver luogo *iure civili* con termini o condizioni, quando almeno avveniva per atto *inter vivos*, per *mancipatio* o *in iure cessio*. Ma ciò dipendeva dalla natura dell'*actus legitimus*, non da quella del diritto costituendo. Che D. 8, 1, 4 pr. si riferisca ad atti fra vivi, prova l'*exceptio pacti* ivi addotta come equipollente all'*exceptio doli* [2]. Crediamo pertanto noi pure che questo frammento non intervenga nella presente questione.

8. Ma resta, come dicevamo, una serie di decisioni delle fonti, le quali sembrano astrarre affatto dal requisito della *perpetua causa*, che invece (secondo D. 8, 2, 28) dovrebbe essere generale. Vediamone le principali.

(" aquam caelestem [dilabentem mon]tibus collectam ") condotta ad alimentare piscine: la piscina può anche mancare di acqua viva. Ma io credo che l'iscrizione parli di vere acque vive nascenti dai monti e dica *aqua caelestis* in riguardo al fatto che è la pioggia che tiene alimentate le sorgenti. Si confronti CIL. VIII, 1, n. 7034: " fistulam, quae ex elemento caelesti totius anni substantiam vitae atque usui populi, provisa aquae copia, sumministrat, formavit, complevit rel. ". Qui non parmi affatto che s'intenda acqua piovana.

(1) Cfr. D. 43, 20, 1, 7. 8, 3, 9. Abbiamo già notato [*supra*, p. 148] che la parte finale (*hodie — solet*) di questo ultimo testo è ritenuta emblematica, e con ragione, dal Perozzi.

(2) Probabilmente i giuristi ivi citati non pensavano che all'*exceptio pacti*: cfr. Pernice, *Labeo*, II, p. 117. Meno rettamente disputa su questo passo H. Krueger, *Beiträge zur Lehre von der exceptio doli*, I, p. 169 sgg. Cfr. per la buona intelligenza del testo: Accarias, *Précis*, I⁴, p. 682 n. 2. [Vedi Ferrini, *Pandette*, p. 486 n. 1].

D. 8, 5, 5 (Paul., 21 *ad ed.*): « et ideo si inter meas et Titii aedes tuae aedes intercedant, possum Titii aedibus servitutem imponere, ne liceat ei altius tollere, licet tuis non imponatur: quia donec tu non extollis, est utilitas servitutis ».

Il brano è importante perchè appartiene a Paolo, che ci è apparso così rigido sostenitore della *perpetua causa*. La sua contraddizione con questo requisito è tuttavia, per chi ben guardi, solo apparente. Infatti nella ipotesi del fr. 5 non la causa della servitù è temporanea, contingente, ma l'utilità di questa. Il vincolo di non alzare la casa è imposto a Tizio in perpetuo, e se non accade nulla di estrinseco, per se medesimo, siffatto vincolo è destinato a durare ininterrotto. La ragione del venir meno l'*utilitas servitutis* non sta nella sua causa immediata (l'elevazione della casa di Tizio): sta in una condizione di cose estranea ai due fondi, il dominante e il servente. Donde si chiarisce anche meglio il senso di *causa* in questa materia: è veramente l'origine, donde taluno si ripromette un vantaggio per il fondo proprio. La causa può esservi, ed essere di sua natura durevole, se anche poi un fatto estrinseco sorge ad impedirne l'effetto. Opportunamente parla quindi il giurista di *utilitas* (effetto utile), non di *causa servitutis*.

D. 8, 3, 1, 1 (Ulp., 2 *inst.*); D. eod., 5, 1 (Ulp., 17 *ad ed.*); D. 8, 4, 13, 1 (Ulp., 6 *opin.*).

In questi e altri passi si discorre di servitù costituite su un fondo a vantaggio di un altro, e consistenti nel diritto di scavare materiali (argilla o arena), tagliare pietre etc. da un fondo a servizio di un altro. Tali diritti (si osserva) si esperiscono sopra un oggetto esauribile, poichè con l'andare del tempo finirà l'arena, l'argilla, il sasso ecc. Dunque (si dice) siamo in piena e aperta contraddizione con il requisito della *perpetua causa*. Ma, s'io non erro, di questi passi fu data una spiegazione non cattiva, che con quel requisito ben si concilia. In pratica, tali servitù di estrazione di materiali da un fondo per l'uso limitato di un fondo vicino (per es., per la costruzione di un edificio e la successiva manutenzione, per fare le olle occorrenti a contenere i prodotti etc.) si possono appunto considerare come inesauribili, nel senso che si può prevedere di aver sempre l'occorrente materiale. E infatti, quando si discorre di *perpetua causa*, s'intende sempre in senso relativo

alle umane previsioni: del resto, le fonti ci conservano esempi di sorgenti inaridite mentre erano pur considerate come perenni (D. 8, 3, 35); ci s'insegna che non cessa di essere perpetuo un fiume rimasto asciutto in qualche caso di singolare siccità, mentre umanamente si può prevedere che abbia sempre acqua (D. 43, 12, 1, 2); etc. Il criterio giuridico non suole qui infatti essere matematico, assoluto: ha un'indole relativa, come i rapporti cui è destinato. Bisognerebbe ammettere che i romani concedessero tali servitù anche quando il fondo servente avesse contenuto solo un banco facilmente esauribile di sasso o di arena etc., e non riproducibile. Le fonti non espongono mai il requisito d'inesauribilità dell'estrazione; ma si pensi che esse non trattano mai di queste servitù ampiamente, come trattano delle servitù di acqua. Esse citano queste servitù per dichiararne possibile l'esistenza; per gli ulteriori requisiti siamo rimandati alle norme generali. L'unico requisito di cui toccano le fonti è quello della vicinanza; ma si noti bene che di ciò fanno parola (come del principio che i materiali estratti devono servire esclusivamente a beneficio del fondo dominante) per ben distinguere la servitù da un diritto personale (D. 8, 3, 5, 1; cfr. D. eod., 31). Si ponga infatti che i giuristi romani premettessero alla loro trattazione il principio che tutte le servitù debbano aver causa perpetua (a un dipresso con le parole del fr. 28): non era poi necessario che tal requisito si ripetesse alla menzione delle singole servitù.

9. D. 8, 3, 3, 2 (Ulp. 17 *ad ed.*):

« Eodem libro (*scil.* secundo membranarum) ait (*scil.* Neratius) vicino, cuius lapidicinae fundo tuo immineant, posse te cedere ius ei esse terram rudus saxa iacere posita habere et ut in tuum lapides provolvantur ibique positi habeantur indeque exportentur ».

Si dice da una parte che la miniera è con l'esercizio esauribile, dall'altra che la facoltà di *provolvere lapides* non è meno contingente nella sua attuazione, meno dipendente dall'attività umana di quello che sia il *proluere pavimentum* e far quindi uscire l'acqua adoperata. Nel numero successivo vedremo quanta differenza interceda tra l'esercire una miniera e il far uscir l'acqua usata per lavare il pavimento di un tri-

clinio. E si vedrà come senz' altro il differente trattamento sia bene spiegabile. Ma allo stesso risultato si giunge nella fattispecie attuale per altra via. La servitù ammessa da Nerazio non consiste nella mera pazienza che deve prestare il vicino per i massi che vengono a rotolare sul suo fondo: consiste nell' uso, limitato sì ma abbastanza ampio, dell' area del vicino, che il proprietario della miniera si assicura a vantaggio dell' esercizio di questa. Il proprietario della miniera si riserba il diritto di lasciarvi giacere i materiali, di venirli a pigliare quando gli fa comodo, etc. Ora, se il vero oggetto di questa servitù consiste nella facoltà di servirsi, a beneficio della cava, del fondo del sottostante proprietario, la vera causa di questa servitù è appunto costituita dallo spazio di questo, donde il vantaggio deriva: essa è causa permanente, duratura. Anche la servitù di passo, di pascolo etc. presuppone per il suo esercizio l' attività dell' uomo; ma non è qui la causa. Tali servitù si risolvono in un parziale uso o godimento del fondo altrui; ed è questo stesso fondo, o meglio lo spazio o il prato, la causa della servitù. Importa infatti distinguere le servitù che hanno per oggetto il godimento parziale dell' altrui fondo e quelle che solo importano l' obbligo nel proprietario del fondo servente di tollerare un dato modo di essere del dominante, e di non porvi ostacolo. Le prime (servitù di passo, di acquedotto, di *haustus*, di pascolo etc.) hanno la loro causa in quelle qualità o parti del fondo servente, che rendono possibile quell' uso e quel godimento: tali qualità o parti devono quindi essere permanenti, durature, nel senso che abbiamo visto. Le altre invece (servitù di stillicidio, di *flumen* etc.) hanno la causa loro nell' inconveniente che tolgono al fondo dominante, nel beneficio che gli procurano. Questo inconveniente, e per conseguenza questo vantaggio, devono avere origine in un fatto duraturo, non in un fenomeno transitorio e contingente.

10. Ciò del resto riceverà più completa esplicazione con l' esame dei testi che seguono, e che non furono mai considerati sotto il loro vero aspetto [1].

---

[1] Vedi però l' accenno in DONELLO, *Comm. iur. civ.*, XI, 3, § 5 (ed. cit., III, 243).

D. 8, 5, 8, 5: « Aristo Cerellio Vitali respondit non putare se ex taberna casiaria fumum in superiora aedificia iure immitti posse, nisi ei⟨us⟩ rei ⟨quis⟩ servitutem talem admittat [1] — — —. dicit igitur Aristo eum qui tabernam casiariam a Minturnensibus conduxit a superiore prohiberi posse fumum immittere — — — agique sic posse dicit cum eo, qui eum fumum immittat, *ius ei non esse fumum immittere. ergo per contrarium agi poterit ius esse fumum immittere*: quod et ipsum videtur Aristo probare ».

D. eod., 8, 7: « Idem (*scil.* Pomponius) in diversum probat: nam et in balineis, inquit, vaporibus, cum Quintilla cuniculum pergentem in Ursi Iuli instruxisset, placuit potuisse tales servitutes imponi ».

Il contrasto fra le decisioni di questi frammenti e quella di D. 8, 2, 28 sembra evidente; e quasi lo rendono meglio evidente i tentativi di conciliazione che furono fatti anche da chiari romanisti, contro cui giustamente rivolge la sua critica arguta il Perozzi [2]. Mi sembra però strano che siasi trascurata una nota differenziale di molta importanza e che può dare gran luce sull' argomento.

Il fumo che esce da una fabbrica di cacio, il vapore che esce da un calidario etc. non sono fenomeni contingenti, sono necessaria conseguenza della destinazione del predio dominante. Io non posso esercire nè la fabbrica nè il calidario in conformità alla loro destinazione, se non producendo ed emettendo fumo o vapore. Se io non mi procurassi all' uopo dei diritti sui fondi circostanti, sarei assolutamente impedito in quell' uso della mia cosa: il predio dominante non risponderebbe più alla destinazione sua. Non dunque l' arbitrio, il capriccio umano è qui vera causa del diritto reale, ma la stessa destinazione del predio dominante; e questa destinazione per se

---

(1) Il testo " nisi ei rei servitutem talem admittit " non ha senso. Il Mommsen (Dig. *ad h. l.*) inserisce " nisi ei rei ⟨serviunt: nam⟩ s. t. a. ". Ma ciò non coincide con quanto viene in seguito, dove appare dubbia l'opinione di Aristone. La mia correzione mi pare più consentanea. Del resto tutto ciò non ha alcuna influenza sul ragionamento esegetico. [Vedi su questo testo: Ferrini e Pulvirenti, *Delle servitù prediali*, I, Torino 1904, p. 131 sgg.].

(2) Loc. cit., p. 202 n. 1.

medesima è permanente, e non può venir meno che per una ragione estrinseca, una mutazione, trasformazione della cosa. Non così il *pavimentum proluere* nel triclinio. Sta bene che sia buona regola tener lavati i pavimenti, ma ciò servirà ad un migliore uso del triclinio, non è essenziale alla destinazione sua. V'ha chi non lava, ma pulisce altrimenti (per es., con un cencio intriso d'acqua); v'ha chi lava e non emette l'acqua, ma la raccoglie nuovamente con spugne. Anzi tali usanze sono le ordinarie, essendo affatto insolito che siavi all'uopo un foro di scarico. È, mi pare, ben chiaro che qui ci sta avanti come causa operatrice la libera attività umana; mentre nel caso antecedente l'attività umana è compenetrata nella stessa sostanziale destinazione del predio dominante e questa appare essere la vera *causa servitutis* (1).

11. Nulla dunque ci è stato addotto che possa seriamente opporsi all'insegnamento di D. 8, 2, 28. Con esso poi concorda egregiamente tutto quanto si deriva dalle fonti nostre in questa materia: ivi non troviamo mai riconosciuta una servitù destinata a soddisfare un bisogno affatto accidentale, transitorio di un fondo; sempre alla costituzione di una servitù si accompagna il carattere di durata, di permanenza.

Le conseguenze, che le fonti non deducono, potremmo noi agevolmente dedurre. Sarebbe vana una costituzione di servitù avente per oggetto di scavare un masso nel fondo vicino, come, in genere, quella di tutte le altre svariate forme transitorie, di cui diversi esempi sono escogitati ed esposti dal Perozzi. Come poi debba intendersi questa perpetuità, abbiamo veduto. Essa significa che la servitù deve (senza un fine umanamente prevedibile e senza soluzione di continuità) soddisfare al fondo dominante. A tale requisito rispondono anche le servitù connesse con cause naturali perpetuamente operanti, per quanto i fenomeni da queste prodotti siano intermittenti. Così può una servitù essere rivolta a rimuovere da un predio l'acqua piovana, benchè non sempre piova; può stabilirsi una servitù di pascolo, benchè non in tutti i mesi siavi l'erba.

---

(1) Non a caso i giuristi romani fanno l'ipotesi della *taberna casiaria,* ossia di un predio che non può funzionare in ordine alla sua destinazione se non emettendo gran copia di fumo.

Qui le intermittenze, le fasi del fenomeno sono compensate dalla ininterrotta azione delle leggi di natura: non vi è esempio in cui tali fenomeni sieno ininterrottamente continui.

12. Quale è la ragione per cui i Romani hanno statuito questo requisito della *perpetua causa*? A mio avviso, tanto varrebbe chiedere perchè essi esigano una simile condizione anche nel dominio. Il dominio e le servitù prediali sono i tipi puri di diritti reali, senza veruna mescolanza di elemento personale; essi sono concepiti non soltanto come facoltà spettanti alle persone, ma anche come condizioni in cui si trovano le cose. Tale condizione si vuole, più che sia possibile, perenne immutabile derivante dalla obbiettiva situazione, che non porti in se medesima la ragione del suo interrompersi o venir meno. Come non si riconosce un dominio che per intrinseca ragione si dissolva o s' interrompa [1], così non si riconosce una servitù in siffatte circostanze. Da ciò stesso deriva che la regola è da riferirsi soltanto alle antiche e particolari vedute dei giuristi romani, e che quindi essa non è senz'altro applicabile al diritto moderno. Ma questa regola (pur non immune da qualche pratico inconveniente) potè conservarsi e tramandarsi per i grandi vantaggi che ne provenivano: precipuo quello di non limitare e impacciare i dominii se non per fini durevoli, per fini attinenti alla stessa natura delle cose e all' obbiettiva destinazione dei predii.

---

[1] S' intende, nel diritto antico e nel diritto classico, almeno per lunghissimo tempo.

Appunti sulla " separatio bonorum „ (*).

Opportunamente il dottor G. Baviera, attualmente libero docente di Istituzioni di diritto romano nella R. Università di Pisa, giovane e valoroso cultore degli studi romanistici, ha scelto per argomento delle sue ricerche la *separatio bonorum*, un istituto molto importante e tuttavia piuttosto trascurato dalla scienza moderna (1).

Il Baviera premette alcune considerazioni storiche circa l'origine della *separatio*, di cui vede un primo esempio (con funzione inversa) in quella concessa all'erede necessario di fronte ai creditori del testatore; nota il rapporto che esiste fra la *separatio bonorum* ed il *ius abstinendi* e quello di entrambe le figure con il concetto fondamentale della successione. Sarebbe stato desiderabile che il Baviera avesse illustrato maggiormente la parte storica relativa alla procedura: da tale ricerca forse avrebbe ricavato maggiore sicurezza in qualche punto della sua trattazione dogmatica.

Questa comincia con il determinare le persone aventi diritto a chiedere la separazione, seguendo l'ordine della stessa esposizione di Ulpiano (D. 42, 6, 1). Concordo pienamente con il Baviera nel negare che per diritto romano potessero i creditori dell'erede domandare la separazione, come del resto è

(*) [In *Archivio Giuridico*, 63, 1899, pp. 544-49].

(1) G. Baviera, *Storia e teoria della " separatio bonorum „ in diritto romano* (Roma, 1899) [= *Studi e docum. di storia e diritto*, vol. XX, pp. 4-59. Il Baviera ripubblicò questo suo lavoro " del tutto rifatto e ampliato „ come parte romanistica del volume: *Il " commodum separationis „ nel diritto rom. e mod.* (Bologna, 1901), pp. 1-96].

detto chiaro in D. 42, 6, 1, 2. Le ultime parole di D. 42, 6, 1, 5 (*nisi si extra ordinem — admissum est*) sono da lui considerate come interpolazione, e mi pare con buon fondamento: anche lo strazio della sintassi (*nisi si.... putamus*; *subvenire* senza termine di rapporto) avrebbe potuto addursi a riprova dell'emblema. A me riesce pure sospetta la chiusa di D. 42, 6, 1, 6 (*creditoribus quoque — praestetur*), nella quale non pochi sono i vizi di forma (*huiusmodi heredis*; *hoc idem praestandum; licet... desideravit; quasi separatio quaedam praestetur*) (1). Rispetto poi al diritto dell' erede stesso di essere in certi casi trattato come se non avesse adìto (non fosse stato costretto ad adire) avvertirò che, come la forma dimostra chiaramente, è interpolata anche la chiusa di D. 36, 1, 11, 2:

«... cum igitur demonstraverit divus Pius succurri heredi instituto, qui compulsus adit, dici potest etiam in ceteris causis exemplum hoc sequendum, sicubi evenerit, restituatur fideicommissaria hereditas ei qui compulit adire et restituere sibi hereditatem ».

È un passo che si regge male in gambe anche con le correzioni dell' Aloandro e di altri editori; ma che nella lezione fiorentina rivela anche meglio la mano frettolosa del compilatore.

Non posso invece ammettere interpolazioni di sostanza in C. 4, 16, 6 = C. 7, 72, 7. Il discorso corre abbastanza bene ed i criteri diagnostici rilevati dal Baviera sono di ben esigua forza probante. Che molte interpolazioni sieno introdotte con date particelle, è verissimo; ma l' esistenza di tali particelle non è punto indizio sufficiente d' interpolazione. Il contenuto poi nulla offre di strano: un coerede creditore del defunto conserva proporzionalmente il suo credito verso gli altri coeredi *cum ultra eam portionem, qua successit, actio non confundatur:* se è il caso, può quindi senza dubbio domandare, come qualunque creditore del *de cuius*, la separazione in loro con-

---

(1) L' A. non a torto ritiene emblematiche le parole: " et ipsi quidem desideranti — hoc et " in D. 42, 6, 1, 6. Le precedenti parole " ex quibus casibus solet hoc evenire " formano parte dell' emblema. Il Lenel (*Paling.*, II, col. 795 n. 5) si è fermato solo su queste, pensando ad un glossema.

fronto. Ed è pure evidente (contro quanto pensa l'egregio A.) che tali costituzioni non servono alla tesi che in diritto giustinianeo l'erede possa chiedere la *separatio bonorum.* Del resto, a quale scopo? Oltre i casi dell'erede necessario, della restituzione in intero etc., il diritto giustinianeo ha il *beneficium inventarii*: se l'erede non se ne vale, suo danno [1].

Il cap. III discorre delle condizioni per domandare la separazione e dei limiti alla facoltà di domandarla. Il Baviera sostiene che la separazione non possa domandarsi che contro l'erede di cui sia provata l'insolvenza. A me sembra che tale opinione sia esorbitante: i testi parlano di concessione *causa cognita,* e pare più naturale il pensare che il magistrato concedesse la separazione, quando gli resultasse serio il pericolo dei creditori. È vero che molti testi presuppongono che l'erede sia *non solvendo,* ma è il presupposto dell'*id quod plerumque fit,* anzichè di un requisito giuridicamente indispensabile. Se poi si avverte che o si tratta di casi in cui si discorre degli effetti della separazione e dell'insolvenza verificatasi, o di rescritti in cui si accenna alle circostanze concrete, la menzione stessa perde molto del suo significato [2].

Circa il limite quinquennale, entro cui la separazione può essere domandata, avverto che esso è certo per il diritto giustinianeo; non invece per il diritto anteriore. A mio credere, nel diritto classico era questo un altro degli elementi cui si riferiva la *causae cognitio* del magistrato. Spettava a costui il considerare se, per il lungo decorso del tempo, non sarebbero derivati troppi inconvenienti dalla concessione della *separatio.* In D. 42, 6, 1, 13 ora leggiamo così:

« Quod dicitur post multum temporis separationem impetrari non posse, ita erit accipiendum, ut ultra quinquennium post aditionem numerandum separatio non postuletur » [3].

---

[1] [Vedi ora BAVIERA, *Commodum* cit., p. 36].

[2] Basta che l'erede ritenuto sospetto ricusi di dare le chieste cauzioni. Questo fatto, che serve ad iniziare il procedimento della *bonorum venditio* secondo la nota rubrica dell'Editto, basta certo a completarlo, ove venga desiderato, con il provvedimento della separazione. [V. ora BAVIERA, *Commodum* cit., p. 38 sgg.].

[3] [Vedi FERRINI, *Pandette*, p. 794 n. 1; e BAVIERA, *Commodum* cit., pp. 47-48].

Questa decisione non può essere di Ulpiano, il quale non era un legislatore e non poteva stabilire di sua testa il periodo di cinque anni. Se poi questo periodo fosse stato introdotto mediante costituzioni di principi o per clausola edittale, il giurista non direbbe *ita erit accipiendum*, ma *constitutum est* o altra simile frase; anzi il giurista non farebbe la questione, e la regola di diritto *(quod dicitur)* non sarebbe stata formulata in modo vago: *post multum temporis separationem impetrari non posse,* ma in modo preciso: *post quinquennium* (1). Che il diritto giustinianeo sostituisca un termine fisso alla precedente facoltà di apprezzamento del magistrato, è conforme all' indole e all' ufficio suo e trova riscontro in moltissimi esempi.

A tali considerazioni di sostanza, che sono perentorie, si aggiungono quelle di forma. Prettamente giustinianeo è il *quinquennium post aditionem numerandum*; strano è che si dica *ultra quiquennium - - - separatio non postuletur*. Quello che si può proibire è che la separazione venga impetrata dopo il quinquennio: le domande intempestive il legislatore può ordinare che siano vacue di effetto, non può impedire che avvengano.

Che per diritto classico la novazione operata con l' erede togliesse modo al creditore di ottenere la separazione, e che all' uopo s' indagasse solo il procedimento formale, la ragione non va cercata nella intenzione delle parti, come fa il nostro Autore; ma nel fatto semplicissimo che il creditore ormai è creditore proprio dell' erede, ed è tramontato il credito antico ch' egli aveva verso il defunto. Per questo il Baviera non ha visto chiaro dove sia l' interpolazione di D. 42, 6, 1, 10, testo che originariamente doveva essere scritto così:

« Illud sciendum est eos demum creditores posse impetrare separationem, qui non ab herede stipulati sunt: ceterum si secuti sunt nomen heredis, non possunt iam ab eo separare, qui quodammodo eum elegerunt ».

Precisamente l' interpolazione sta nella direzione inversa di quella sospettata da Baviera. Ma che sia così nessuno, che

(1) Cfr. la nota regola formata sugli editti imperiali: " post quinquennium statum defunctorum non retractari ".

consideri la forma e la concatenazione del pensiero, può dubitare un istante. L' Autore è stato scosso dalle osservazioni eleganti del Costa sull' *animus novandi* (1); ma queste non possono accogliersi, come ho dimostrato trattando la voce *Obbligazione* nell' *Enciclopedia Giuridica* (2) e come più ampiamente dimostrerò altrove (3).

Il Baviera sostiene che i creditori del defunto possono chiedere la separazione anche di fronte ad un erede astenuto. Ma io non vedrei a che scopo; perchè non è affatto vero che i creditori dell' erede astenuto possano far valere le loro pretese sull' eredità. L' importanza del *ius abstinendi* sta in ciò, *ut potius parentis bona veneant* (Gai. 2, 158): ora, sui *bona parentis* quale diritto possono vantare i creditori del discendente? Questo è tanto vero, che sul patrimonio ereditario ripudiato dall' astenuto possono domandare la *bonorum possessio* i sostituti o i successori *ab intestato,* come nel caso in cui un erede volontario abbia rinunziato all' eredità (4).

Importante è il cap. IV, dove il Baviera cerca di determinare gli effetti della separazione dei beni. Con dottrina e con acume egli tratta la questione, se i creditori separatisti che non sieno rimasti soddisfatti pienamente con la vendita del patrimonio ereditario possano esperire le loro residuali ragioni sui beni propri dell' erede. Egli giunge per il diritto classico ad una conclusione affermativa: e vi giunge con una serie di considerazioni generali, secondo le quali la limitazione della responsabilità dell' erede, che corrisponderebbe alle tendenze umane del diritto giustinianeo, non sarebbe invece compatibile con lo spirito del diritto classico; vi giunge anche col mettere fuori di causa, siccome interpolati, i testi contrari.

È qui, a mio avviso, dove più si sentono gli effetti di una lacuna già lamentata nel lavoro, ossia della scarsa trattazione della parte processuale. Il significato processuale del non voler *sequi nomen heredis,* in modo che *defuncti bona*

---

(1) Negli *Scritti giurid. in on. di F. Schupfer,* I, Torino 1898, pp. 45-56.

(2) [Vol. XII, parte I, Milano, 1900, pp. 841-857. Il Baviera, *Commodum* cit., p. 49 sgg., ribadisce la propria tesi].

(3) [Il Ferrini non pubblicò lo studio sull' *animus novandi* qui preannunciato. Vedi però *Pandette*, pp. 634-643].

(4) Il punto è notissimo: vedi, ad es., Keller, *Pand.*, II², p. 500.

veneant, doveva essere appunto nel diritto classico grandissimo (soprattutto nell' istituto della *bonorum venditio)*; e non era senza intima contraddizione che pei debiti del defunto si procedesse sui beni da lui lasciati in nome suo, e poi per i debiti stessi si perseguitasse l' erede (1).

Il passo di Ulpiano (D. 42, 6, 1, 17) non può, a mio avviso, considerarsi interpolato, se non limitatamente all' ultima parte, quella che concederebbe in via eccezionale ai creditori del defunto di affermare le proprie ragioni sui beni dell' erede:

« si tamen temere separationem petierunt creditores defuncti, impetrare veniam possunt, iustissima scilicet ignorantiae causa allegata ».

Che queste parole — che sono di pretto stile bizantino (2) e che contraddicono al ragionamento che precede — siano interpolate, non si può negare. Ma ciò dimostra che la tendenza del diritto giustinianeo era contraria a quella ritenuta dal Baviera: era quella d' impedire che un errore potesse riuscire fatale a chi si valeva dello strumento giuridico.

Il passo di Paolo (D. 42, 6, 5) è molto importante per la chiarezza con cui pone e risolve il problema. Paolo accenna all' opinione di alcuni che avrebbero voluto favorire i creditori del defunto; ma ne respinge la tesi con argomenti dedotti appunto dal significato processuale dell' istituto. Oggetto della *venditio* sono i *bona defuncti*, e questi *augmenta non possunt recipere*: il patrimonio di un morto non è più suscettibile di incrementi *estrinseci* (3). Che poi Paolo dica *quasi defuncti bona vendiderunt*, si spiega benissimo, non essendo, a rigore

---

(1) [In senso contrario: BAVIERA, *Commodum* cit., p. 85 sg.].

(2) *Impetrare veniam*: da chi? Non può essere che dal magistrato, il quale concede di procedere sui beni dell' erede. Ma il magistrato non fa grazia a nessuno: tutt' al più restituisce *in integrum*. Oltre il caratteristico ablativo assoluto, si avverta anche l' enfatico superlativo *iustissima causa*. Se poi la *causa erroris* è *iustissima*, come mai si può dire temeraria la domanda dei creditori? [Il BAVIERA, *Commodum* cit., p. 88, torna a sostenere l' interpolazione di tutto il § 17].

(3) Che per sviluppo dei suoi elementi costitutivi il patrimonio del defunto possa crescere (cfr. Gai. 2, 155), Paolo sa benissimo, e lo dice precisamente in questo stesso frammento. Non comprendo quindi la critica del Baviera.

del *ius civile*, patrimonio autonomo quello che s'è congiunto per effetto della successione con quello dell'erede, e cioè di un vivo: è per diritto onorario che si opera la divisione fittizia. La sostanza delle cose appare benissimo dal citato ragionamento di Ulpiano.

L'interpolazione in D. 42, 6, 3, 2 è stata riconosciuta anche dal Costa (1). Basterebbe il *probari commodius est* per dimostrare che non si tratta di Papiniano, della cui abituale precisione è anche indegna la frase « *ut* — — — *aliquid ex bonis heredis ferat* » (2).

Da ultimo, osserverò che non è esatta la soluzione data per il caso in cui, *dimissis creditoribus hereditariis*, rimanga un fondo, e sianvi due legatari separatisti, ad uno dei quali il fondo stesso sia legato *per vindicationem*, mentre all'altro è legata una somma di danaro. Il fondo dovrebbe, secondo il Baviera, attribuirsi tutto al primo, dedotta la Falcidia. Ma l'erede ha diritto di trattenere la Falcidia, riducendo proporzionalmente i legati. Quindi, nel caso nostro, l'altro legato sarà proporzionalmente ridotto: e così concorrerà a restringere la parte di fondo che il primo legatario può rivendicare.

Queste sono le considerazioni principali che la suggestiva monografia del Baviera ha richiamato. Il nostro dissenso (come si vede) concerne punti fondamentali; con piacere abbiamo però aderito a buone osservazioni e proposte, e sempre ci pare da ammirare l'attività ed il sincero entusiasmo del giovane romanista.

---

(1) *Papiniano*, III, p. 197.

(2) [Vedi Ferrini, *Pandette*, p. 794 n. 2. In senso contrario: Baviera, *Commodum* cit., p. 83 sgg.].

Ancora sulla " separatio bonorum „

POSTILLA (*)

In alcune considerazioni circa l'opera di G. Baviera sulla *separatio bonorum* io ho dovuto pronunciarmi sulla questione vessatissima relativa al diritto dei creditori separatisti, non pienamente soddisfatti, di far valere le loro residue ragioni sopra i beni propri dell'erede, almeno quando fossero tacitati i creditori di questo (1). Il risultato della mia esposizione è, in breve, il seguente. Per diritto classico si tenne ferma la massima che il creditore separatista, il quale si fosse rifiutato di *sequi nomen heredis*, non avesse possibilità di far valere alcun diritto sui beni propri di questo; per diritto giustinianeo si venne concedendo ai separatisti, qualora i creditori dell'erede fossero stati tacitati (specialmente quando il loro procedere apparisse giustificato), il diritto di esperire le loro ragioni

(*) [Pubblicato in *La Temi siciliana,* 1, 1901, pp. 8-12, con la seguente lettera al Direttore del periodico:

Ill.mo Sig. Avv. Michele Crisafulli,

la buona memoria che ho per Lei, e la stima che per Lei nutro, mi dànno affidamento che il Suo periodico si conterrà nel sereno campo scientifico e sarà, come vuole il titolo, un periodico veramente giuridico, estraneo a quel dilettantismo che troppo spesso usurpa il campo dei giuristi, e che tanto ha nociuto agli studi in Italia. In tale fiducia, e a tale condizione, accetto ben di cuore l'onorevole Sua proposta di collaborare.

Suo dev. CONTARDO FERRINI.

Vedi anche in *La Temi siciliana,* 2, 1902, p. 57].

(1) Vedi in *Archivio giuridico,* 63, 1899, pp. 544-49. [È lo scritto ripubblicato in questo volume, pp. 167-173].

residuali sui beni propri dell' erede. Così la separazione si avvicina ai privilegi ed alle ipoteche (art. 2055 Cod. civ.).

A tali risultati si è opposto Siro Solazzi [1]. Sostanzialmente egli arriva a conclusione diametralmente contraria, poichè sembra a lui che nel diritto classico fosse sostenuta (anche da giuristi di grande autorità) la tesi favorevole ai separatisti, mentre il diritto giustinianeo, coerente alle sue tendenze benevole per i debitori, avrebbe accolto la tesi favorevole all' erede.

Tutto quanto il problema dipende dal concetto che l' interprete arrivi a formarsi di tre frammenti del Digesto, i quali (come ora si leggono) non si possono conciliare fra loro senza sforzi veramente eccessivi. Giova riprodurli per comodità del lettore, il quale sarà così posto in grado di meglio apprezzare le varie opinioni. I tre frammenti si trovano tutti nel titolo *De separationibus* (D. 42, 6).

Il primo è di Ulpiano, D. eod. 1, 17:

« Item sciendum est vulgo placere creditores quidem heredis, si quid superfuerit ex bonis testatoris, posse habere in suum debitum: creditores vero testatoris ex bonis heredis nihil. cuius rei ratio illa est, quod qui impetravit separationem sibi debet imputare suam facilitatem, si, cum essent bona idonea heredis, illi maluerint bona potius defuncti sibi separari, heredis autem creditoribus hoc imputari non possit. at si creditores defuncti desiderent, ut etiam in bonis heredis substituantur, non sunt audiendi: separatio enim, quam ipsi petierunt, eos ab istis bonis separavit. si tamen temere separationem petierunt creditores defuncti, impetrare veniam possunt, iustissima scilicet ignorantiae causa allegata ».

Nello stesso ordine di idee è il testo di Paolo, D. eod. 5:

« Si creditores hereditarii separationem bonorum impetraverunt et inveniatur non idonea hereditas, heres autem idoneus, non poterunt reverti ad heredem, sed eo, quod semel postulaverunt, stare debent - - - quod si proprii (*scil.* creditores heredis) ad solidum pervenerunt, id quod supererit tri-

---

[1] In un pregevole scritto inserito nel *Bull. dell' Istit. di dir. rom.*, 11, 1898, pp. 248-264. [Vedi la replica del Solazzi, ibid., 13, 1900, pp. 246-72].

buendum hereditariis quidam putant: mihi autem id non videtur. cum enim separationem petierunt, recesserunt a persona heredis et bona secuti sunt et quasi defuncti bona vendiderunt, quae augmenta non possent recipere. idemque existimo dicendum etiam si circa separationem bonorum decepti minus consecuti sunt quam proprii heredis creditores ».

Di questi due passi, che si rapportano allo stesso quesito e danno la stessa soluzione, quello di Paolo è sicuramente genuino: lingua e stile generalmente sono buoni e l'argomentazione solida è degna di lui. Paolo ragiona così: Chi domanda la separazione vuole che, a suo riguardo, si consideri come non avvenuta la compenetrazione dei due patrimoni del defunto e dell'erede, e che l'esecuzione si attui sulla massa ereditaria *quasi bona defuncti*: è quindi assolutamente incompatibile con tale suo procedere la pretesa di rivalersi per il residuo insoddisfatto sui beni propri dell'erede. La massa ereditaria non è suscettibile di nuovi incrementi estrinseci. Al contrario (osserva il giureconsulto) se, tacitati i creditori ereditari, rimanesse ancora una parte dei beni del defunto, questa andrebbe a profitto dei creditori propri dell'erede, giacchè costoro hanno « personam quae potest, donec vivit, adquirere ». Invece è sicuramente interpolato il passo di Ulpiano, ed anche in più larga misura che io non fossi altre volte disposto a concedere [1]. Ed infatti, oltre il latino generalmente cattivo, si avvertono segni non dubbi di una grave alterazione. I « creditores testatoris » diventano « creditores defuncti »; dal singolare si passa improvvisamente al plurale, « qui impetravit separationem .... illi maluerint »; dall'indicativo nella stessa costruzione al congiuntivo, « quod... debet .... non possit »; frasi sospette abbondano, come « substitui in bonis defuncti », « separatio... eos separavit ». Inoltre *maluerint* è notoriamente indizio di mano compilatoria, e ne è sicuro argomento l'ablativo assoluto con il caratteristico superlativo « iustissima scilicet ignorantiae causa allegata ». Sostanzialmente, poi, non mancano incongruenze. Dopo aver

---

[1] [Vedi Ferrini, *Arch. giurid.*, 63, 1899, p. 458 = *supra*, p. 172; cfr. *Bull. dell' Istit. di dir. rom.*, 13, 1900, p. 33 = *infra*, p. 184].

detto che « creditores-testatoris ex bonis heredis nihil (habere possunt) », si torna a dire: « at si creditores defuncti desiderent, ut etiam in bonis heredis substituantur, non sunt audiendi ». Dopo aver detto che la domanda di separazione fu temeraria, si ammette che possa esservi stata una *iustissima causa* di errore. Si dice che i creditori che hanno fatto male i loro conti possono *impetrare veniam*; ma da chi e come? Il magistrato non fa e non può fare grazia a nessuno; se vi sono gli estremi richiesti (e a ciò non basta, secondo l'opinione più corretta, l'errore quantunque giustificato), restituisce *in integrum*. Per qual motivo l'interpolazione è avvenuta? È veramente difficile dirlo, poichè non può dubitarsi che Ulpiano sostenesse la medesima dottrina di Paolo. Questo si eruisce dagli avanzi genuini che il testo suo presenta:

« Sciendum est vulgo placere - - - creditores - testatoris ex bonis heredis nihil (posse habere): cuius rei ratio illa est, quod qui impetravit separationem sibi debet imputare suam facilitatem ».

Che questa parte sia originale di Ulpiano, non si può negare: egli parla di *creditores testatoris* — ed io ritengo che solo per le successioni testamentarie fosse ammessa nel diritto classico la *separatio bonorum*: tutti gli esempi accennano a questa [1] — mentre i compilatori sostituiscono i *creditores defuncti*; poi qua si usa il singolare e l'indicativo, mentre nell'aggiunta appiccicata con poca riflessione si continua con il plurale e con il congiuntivo. Resta quindi una sola probabile spiegazione: Ulpiano avrà continuato a esporre le rigorose conseguenze del principio; i compilatori volevano temperarle, volevano almeno fare ottenere *venia* a chi avesse sbagliato senza colpa. A questo fine, essi hanno omesso il ragionamento fondato sul significato di *non sequi nomen heredis*, e hanno addotto altre ragioni meno valide, di convenienza, da cui per equità fosse lecito deviare.

E questo è precisamente nello spirito del diritto nuovo, che così avviava inconsciamente la *separatio* ad una trasforma-

---

[1] [Vedi FERRINI, *Bullett. dell' Istit. di dir. rom.*, 23, 1900, pp. 32-40 = *infra*, pp. 183-192].

zione sostanziale. Non è vero che il diritto giustinianeo, nella sua parzialità pei debitori, doveva seguire un' opposta tendenza. Poichè col *beneficium inventarii* l' erede avrebbe potuto provvedere all' incolumità del suo patrimonio; contro l' erede, che di tale beneficio non si vale, il diritto giustinianeo è invece molto rigoroso.

Appunto tale tendenza del diritto nuovo si comprova con l' esame del passo attribuito a Papiniano (D. eod. 3, 2), che i compilatori hanno profondamente modificato.

« Sed in quolibet alio creditore, qui separationem impetravit, probari commodius est, ut, si solidum ex hereditate servari non possit, ita demum aliquid ex bonis heredis ferat, si proprii creditores heredis fuerint dimissi ».

Anzitutto bisogna respingere la tentazione di ricavare un argomento per la genuinità del passo da ciò che Paolo nel citato luogo accenna ad una conforme opinione di « alcuni » *(quidam putant)*; poichè, se davvero tale avviso fosse stato esposto nelle sue *Quaestiones* da Papiniano, Paolo l' avrebbe indubbiamente nominato, e i compilatori, che riportano il passo papinianeo, non avrebbero tolto quella menzione; tanto meno avrebbero sostituito *Papinianus putat* con *quidam putant*. A ben vedere, anzi, dal testo di Paolo si deve piuttosto derivare un argomento contrario alla genuinità del passo.

Questo comincia con il parlare di *quilibet alius creditor*. Infatti in D. eod. 3, 1 si pone la questione speciale del creditore che ha fatto separare l' eredità del *fideiussor* pervenuta al suo debitore principale e, non rimanendo pienamente soddisfatto con quella, domanda di esperire il suo residuo credito sui beni propri di questo.

Papiniano doveva certamente conchiudere che tale pretesa era assurda: se anche l' eredità del fideiussore non fosse pervenuta al debitore, non avrebbe avuto per diritto classico il creditore tale facoltà; anche agendo col fideiussore si opera (come è noto) consunzione processuale.

Questo punto speciale è mutato nel diritto giustinianeo: la liberazione ha luogo *solutione*, non *litis contestatione*. Ciò spiega l' interpolazione che troviamo in fine al fr. 3, 1:

« sed cum stipulator iste, non adita fideiussoris a reo hereditate, bonis fideiussoris venditis, in residuum permisceri

debitoris creditoribus potuerit, ratio non patitur eum in proposito summoveri » [1].

Siamo in pieno campo interpolatizio, e non c' è da stupirsi che l'alterazione continui nel § 2. Essa è provata e dalla frase *ferre aliquid ex bonis heredis* e dal modo affatto bizantino della decisione. La prima frase è vaga senza veruna necessità: « portar via qualche cosa dai beni dell' erede » non è certo detto bene per esprimere la facoltà di esperire il residuo credito sui beni di questo. Ma anche più caratteristico è che si dica: « è più comodo ritenere etc. ». Qui non si tratta di ciò che sia più « comodo », ma di ciò che si possa ammettere, dato il carattere dell' istituto. Inconvenienti pratici offrono del resto entrambe le soluzioni: quella attribuita a Papiniano ha la conseguenza di rendere troppo facile la domanda della separazione. E, per vero, Papiniano dice altrove che è più facile o difficile ammettere un' opinione, che un' opinione è più forte (ossia ha più validi argomenti), che è elegante *(facilius, difficilius, fortius, non ineleganter probari)*; ma non già che sia più comoda. I giuristi classici dicono che è più comodo il compilare in un modo o in un altro uno strumento giuridico: che è più comodo nell' esecuzione agire su questi o su quei beni; che è più comodo fare un calcolo in questo o quel modo; che è più comodo dare ad una istanza una tale comprensione etc.: e giustamente, poichè qui si tratta di cose che si possono fare o non fare a piacere [2]. La stipulazione può farsi in questi o quei termini; il pretore può ordinare l' esecuzione su questi o quei beni; egli può dare al suo decreto questa o quella portata; il calcolo si può istituire in questo o in quel modo. Ma che un' opinione si adotti perchè più comoda, non dicono i giuristi mai. Lo dicono invece i compilatori, e non a torto: essi in fondo avevano un mandato legislativo e la comodità, ossia la convenienza, è un criterio che vale se non per l' interprete, per il legislatore. Un esempio d' interpolazione a base di comodità è offerto da D. 40, 12, 30

---

[1] [Vedi FERRINI, *Bullettino dell' Istit. di dir. rom.*, 13, 1900, p. 38 = *infra*, p. 190].

[2] D. 45, 1, 53. 46, 5, 11. 42, 4, 7, 17. 42, 5, 12 pr. 37, 6, 3, 2 etc.

(Iul. 5 *ex Min.*); metto fra parentesi quadre la parte manifestamente dovuta ai compilatori (1):

« Duobus petentibus hominem in servitutem pro parte dimidia separatim, si uno iudicio liber altero servus iudicatus est, [commodissimum est eo usque cogi iudices, donec consentiant: si id non continget,] Sabinum refertur existimasse duci servum debere ab eo qui vicisset: cuius sententiae Cassius quoque est et ego sum. et sane riduculum est arbitrari eum pro parte dimidia duci, pro parte libertatem eius tueri. [commodius autem est favore libertatis liberum quidem eum esse, compelli autem pretii sui partem viri boni arbitratu victori suo praestare] » (2).

I compilatori hanno ricorso a interpolazioni per far prevalere la loro umana sentenza, conforme ad una costituzione giustinianea. Gli interpreti antichi non la potevano desumere dai principii del diritto vigente. Ora, ne viene che a Giuliano s'è fatto dire « essere molto comodo costringere i giudici (in che modo?) finchè consentano »; ma si dimentica che i giudici, i quali hanno proferito sentenza *(iudicatus est)*, hanno esaurito il loro compito, e non devono essere per quel processo più molestati. Poi gli si fa dire « esser più comodo che l'uomo sia libero », e ciò non può negarsi che sia vero, almeno nei riguardi di questo: ma non si vede il giuridico significato di tale osservazione.

Questo *commodius - - est - - - liberum - - eum esse* fa il paio con il nostro *probari commodius est*, e deve attribuirsi alla stessa origine.

---

(1) In parte l'interpolazione fu già rilevata dal Riccobono, *Bull. dell' Istit. di dir. rom.*, 7, 1894, p. 244 sg.

(2) [Vedi Ferrini, *Bullettino dell' Istit. di dir. rom.*, 13, 1900, p. 39 = *infra*, p. 191 sg.].

Nuovi appunti sulla "separatio bonorum" (*).

I.

Era la *separatio bonorum* concessa ai creditori postulanti di fronte a qualsiasi erede che fosse o si reputasse insolvente? La risposta affermativa è generale. Essa è certamente esatta per il diritto giustinianeo, che della *separatio* ha in vari punti alterato il carattere; non oso dire che sia ugualmente esatta anche per il diritto classico.

A me sembra di poter rilevare che la *separatio* stessa fosse concessa soltanto nella ipotesi di eredità testamentaria. L'Editto pretorio concedeva la *separatio* in due casi: nell'uno a favore dell'erede (necessario) liberato e istituito nel testamento del domino; nell'altro a favore dei creditori del defunto i quali si ritenevano lesi dal testamento del loro debitore, che aveva nominato un erede sospetto. La correlazione del duplice editto deve, a mio credere, cercarsi appunto nell'esistenza di un testamento. Ecco gli argomenti.

Sebbene non manchi nelle fonti giustinianee qualche testo che discorra genericamente di « creditores hereditarii » senz'altro (C. 7, 72, 2), non se ne trova alcuno il quale faccia esplicita menzione di successione intestata. Questa osservazione non ha poco peso, dal momento che a noi è pervenuta una casistica abbastanza dettagliata, in cui si propongono varie fattispecie possibili nelle configurazioni molteplici dei rapporti successorii, e che di queste nessuna presuppone una

(*) [In *Bullett. dell' Istit. di dir. rom.*, 13, 1900, pp. 32-40. Sono qui in parte ripetute e svolte alcune osservazioni ed argomentazioni già accennate nello scritto che immediatamente precede].

successione *ab intestato,* mentre parecchie presuppongono esplicitamente la testamentaria. Si vedano i testi seguenti: D. 42, 6, 1, 4: « ... adversus ... *municipes* ... separatio » (cfr. D. 38, 3, 1, 1); D. eod. 1, 6: « ... testatoris bona ... »; D. eod. 1, 7: « ... substituti bona... »; D. eod. 1, 8: « ... heredem scripserit ... »; D. eod. 6 pr.: « ... creditores testatoris ... »; D. eod. 6, 1: « ... liberta heres instituta ... »; C. 7, 72, 1. Anche in C. 7, 72, 7 l' *uxor* che « pro triente patruo suo heres extitit » è erede testamentaria, come si deduce dalle parole « nec ab eo quicquam *exigere prohibita est* », che implicano l' esistenza di un testamento (1).

Ma la prova maggiore si ha in D. 42, 6, 1, 17, in cui Ulpiano (lib. 64 *ad ed.*), esponendo un principio generale, adopera l' espressione « creditores *testatoris* », la quale nell' aggiunta interpolatizia viene dai compilatori sostituita dall'altra caratteristica « creditores *defuncti* ». Ecco il passo, in cui l' interpolazione è certamente più grave che io non fossi altre volte disposto a concedere (2):

« Item sciendum est vulgo placere creditores quidem heredis, si quid superfuerit *ex bonis testatoris,* posse habere in suum debitum, *creditores* vero *testatoris* ex bonis heredis nihil. cuius rei ratio illa est, quod qui impetravit separationem sibi debet imputare suam facilitatem [, si, cum essent bona idonea heredis, illi maluerint *bona* potius *defuncti* sibi separari, heredis autem creditoribus hoc imputari non possit. at si *creditores defuncti* desiderent, ut etiam in bonis heredis substituantur, non sunt audiendi: separatio enim, quam ipsi petierunt, eos ab istis bonis separavit] ».

Dall' indicativo si passa ex abrupto al congiuntivo; dal singolare (ciò che è ancora più grave) nello stesso periodo al plurale; si torna a ripetere (« at si creditores ... ») quanto già si era detto; si usano frasi caratteristiche (« maluerint ... potius »; « in bonis substitui »; « separatio ... eos separavit »),

---

(1) Cfr. poi la *lex geminata* C. 4, 16, 6, che parla esplicitamente di *testamentum.*

(2) [Vedi FERRINI, *Archiv. giurid.*, 63, 1889, p. 458 = *supra,* p. 172; e *La Temi Siciliana,* 1, 1909, p. 9 = *supra,* p. 177]. Cfr. SOLAZZI, *Bullett. dell' Istit. di dir. rom.*, 11, 1898, p. 256 sgg.

che non permettono dubbio. Ora non può essere caso che Ulpiano esprimesse un principio generale parlando di « bona testatoris » e di « creditores testatoris », mentre gl' interpolatori parlino di « bona defuncti » e di « creditores defuncti ».

Che poi l' istituto della *separatio* fosse applicabile soltanto in caso di successione testamentaria, si spiega non solo ripensando ad altre gravi differenze fra i due ordini di successione (Gai. 2, 35-36), ma anche e soprattutto osservando che nessun rimprovero può farsi a chi ha lasciato che la successione avesse il suo corso naturale, mentre può ravvisarsi riprovevole l' atto di chi ha, con pericolo dei propri creditori, ordinato che la successione propria fosse raccolta da persona sospetta. Si comprende che qui — per quanto concerne i rapporti dei creditori medesimi — l' efficacia del testamento venga sospesa, che l' esecuzione abbia luogo sui beni ereditari (« quasi defuncti bona vendiderunt » : D. h. t., 5) e che insomma si abbia un provvedimento analogo a quello che rescinde i *gesta in fraudem creditorum* [1].

In caso di successione intestata saranno forse stati i creditori ereditari senza difesa? No di certo: anzi mi pare che a questa ipotesi debba riferirsi l' oscuro editto intorno all' erede sospetto, di cui poco o nulla conosciamo dalle fonti giustinianee. La ragione per cui non troviamo nel Digesto alcun brano dei commentari edittali che direttamente lo riguardi, e vi troviamo solo un passo che se ne occupa dello scritto « de omnibus tribunalibus » [2] di Ulpiano, non sarà recondita per chi accetti la nostra opinione. Erede sospetto è, secondo questo passo (D. 42, 5, 31, 1), quello di dubbia solvenza: ossia quello appunto contro il quale (trattandosi di successione testamentaria) si può chiedere la *separatio bonorum*. La dichiarazione di « sospetto » ha per conseguenza che il pretore gl' imponga una cauzione (D. eod. 31 pr. e § 3; cfr. Gai. 4, 102). L'obbligo di prestare cauzione è rafforzato dalla solita comminatoria della *missio in possessionem* [3], qualora il magistrato non si convinca (spe-

[1] Dico analogo, avuto riguardo alla tendenza; del resto diversificano e la natura del mezzo e i requisiti soggettivi ed oggettivi.

[2] Sulla collocazione del passo nell' opera genuina vedi Pernice, *Parerga*, V, 43 sg. (*Zeitschr. d. Sav.-St.*, 14, 1893, p. 175 sg.).

[3] D. 42, 5, 31, 3: " ... bona [hereditatis] possideri venumque dari ... iubebit ". *Hereditatis* è probabilmente interpolatizio.

cialmente se non siavi « quod ei iuste praeter paupertatem obiciatur ») che basti vietare qualunque alienazione (*ut iubeat eum nihil minuere:* D. eod. 31, 4; cfr. D. 41, 4, 7, 5). Che un tale provvedimento contro l' *heres suspectus* non avesse rapporto con la separazione, si prova anche osservando che l'Editto e i commentari edittali ne trattavano in luoghi diversi (Ulp., lib. 61 e 64).

Nel diritto giustinianeo si trovò opportuno di estendere il rimedio della *separatio* e di unificare il trattamento degli eredi testamentari e intestati. Questo risulta in modo chiarissimo dalle espressioni generali usate in più luoghi e dalla già rilevata interpolazione nel testo ulpianeo D. 42, 6, 1, 17. La ragione del mutato diritto sta in ciò che la *separatio*, anzichè un mezzo per eliminare le conseguenze nocive ai creditori di un atto del debitore (testamento), venne a considerarsi come una garanzia di miglior pagamento: a questo già si era avviata la giurisprudenza classica con l' ammettere i legatari ad approfittare della separazione [1]. La compilazione stessa del tit. Cod. VII, 72 è una prova del nuovo modo di considerare l' istituto.

II.

Nel concetto del diritto classico la *separatio* ha analogia col *ius abstinendi* in ciò, che per essa si considera come non avvenuta una compenetrazione di due patrimoni, la quale invece

---

[1] Questo punto veramente abbisogna di qualche schiarimento. È certo che per diritto classico i legatari non possono chiedere la *separatio bonorum;* essi possono, se non ottengono satisdazione, ottenere la *missio in possessionem* nei beni ereditari ed eventualmente in quelli propri dell'erede (D. 36, 4, 1, 1; 5 pr.; 10; 11 pr. etc.). Se più tardi i creditori ereditari ottengono la *separatio bonorum*, i legatari immessi passano in seconda linea (D. 42, 6, 4, 1. C. 7, 72, 1); mentre, se i creditori hanno avuto prima la separazione, i legatari sono ammessi in second' ordine fra i separatisti (D. 42, 6, 6 pr.). Ma questo è solo per comodità di procedura, poichè essi possono in certi casi ottenere la *missio in possessionem* anche sui beni propri dell' erede e possono (ove occorrano i requisiti) agire contro di questo per il residuo. Ma, poichè anche la *separatio* nel diritto nuovo tende a parificarsi ad una *missio in possessionem* ordinaria, si comprende che le due cose non siano più nettamente distinte, e forse anche D. 42, 6, 4, 1; 6 pr. sono stati ritoccati.

per il diritto civile si è verificata. Il *ius separationis* ha la stessa direzione del *ius abstinendi*, quando è applicato all' erede necessario (l' *heres suus* e l' *homo in mancipii causa* manomesso e istituito possono astenersi, l' *heres necessarius* non può che impetrare la separazione) e non differisce che per la minore efficacia [1]; ha l' inversa direzione, quando è concesso, come di regola, ai *creditores testatoris*. Nè l' uno nè l'altro beneficio può chiedersi da chi abbia già col fatto riconosciuto l' avvenuta fusione. Come chi siasi immischiato nell' eredità o *secutus sit nomen heredis* non può chiedere nè l' astensione nè la separazione, così chi s' è astenuto [2] o ha impetrato la separazione non può più trar profitto dei beni ereditari o perseguire l' erede. L' istanza dei creditori intesa ad ottenere la separazione conteneva la dichiarazione di limitare la propria persecuzione ai beni ereditari: « creditores Seii (del defunto) dicunt *bona Seii sufficere sibi*, creditores Titii contentos esse debere bonis Titii (dell' erede) et *sic quasi duorum fieri bonorum venditionem* » (D. 42, 6, 1, 1). Da ciò deriva che, se poi « inveniatur non idonea hereditas, heres autem idoneus », i separatisti non possono « reverti ad heredem, sed *eo quod semel postulaverunt* stare debent ». Neppure hanno tale facoltà, qualora l' erede abbia già tacitato i propri creditori: « cum enim separationem petierunt, *recesserunt a persona heredis et bona secuti sunt et quasi defuncti bona vendiderunt, quae augmenta* (estrinseci) *non possunt recipere* ». Così si esprime con molta evidenza e vigore logico Paolo (lib. 13 *quaest.*, D. 42, 6, 5), che pure accenna ad un' opinione più favorevole ai separatisti: « quod si proprii (*scil.* creditores heredis) ad solidum pervenerunt, *id quod supererit tribuendum hereditariis quidam putant:* mihi autem id non videtur ». È però notevole tale sentenza, che dimostra come già per taluni giuristi si venisse modificando il concetto della *separatio*.

Fra i *quidam* citati da Paolo non era certo Ulpiano (dato pure che il 64° libro di Ulpiano *ad edictum* fosse pubblicato prima del 13° delle *Quaestiones* pauliane). Abbiamo già veduto

---

(1) Un rimedio analogo è dato all' erede che " compulsus fuerit adire ... hereditatem, deinde non sit cui restituat „ (D. 42, 6, 1, 6).

(2) Cfr. *Arch. giur.*, 63, 1899, p. 546 [= *supra*, p. 171].

come nella parte genuina di D. 42, 6, 1, 17 si affermi recisamente lo stesso concetto, premettendo che tale è la comune opinione: *sciendum est vulgo placere.* Perchè i compilatori hanno alterato il passo, soggiungendo quella motivazione di cui abbiamo già osservato l'evidente carattere interpolatizio, quando la sostanza rimane pur quella? La ragione, a mio avviso, sta nel fatto che, data la mutazione avvenuta nel concetto della *separatio,* le considerazioni di Ulpiano (il quale probabilmente avvertiva che essa era rivolta ad eliminare in parte gli effetti del testamento) non erano più senz' altro riproducibili. Qualche cosa del soppresso ragionamento ulpianeo è forse rimasto nella frase « non sunt audiendi: separatio enim quam ipsi petierunt *eos ab istis bonis separavit* » *(sic).* Del resto, è addotta una ragione di convenienza: i separatisti hanno fatto all' erede il torto di non fidarsi di lui; peggio per loro, se hanno fatto male i loro calcoli. E questa motivazione ha il fine di preparare alla chiusa: « si tamen temere separationem petierunt creditores defuncti, impetrare veniam possunt, iustissima scilicet ignorantiae causa allegata ». Invero il torto non sussiste, qualora si sia agito con scusabile ignoranza dei fatti. Una tale eccezione non è invece possibile di fronte ad un ragionamento così rigoroso come il pauliano: « idemque existimo dicendum etiam si circa separationem bonorum decepti minus consecuti sunt » (fr. 5 cit.).

Che la chiusa surriferita appartenga ai compilatori, mi pare sicuro. Anche il Solazzi ne conviene per le ultime parole [1]; ma osserva che l'evidente carattere emblematico di queste non prova ancora che sia interpolatizia la precedente proposizione. Altrove [2] ho già notato come « impetrare veniam » sia pure indice di intervento dei compilatori: grazia in queste cose non si fa a nessuno: si concede dal magistrato la *restitutio in integrum*, se ricorrono gli estremi; ma all' uopo non basta la *causa erroris,* neppure se *iustissima* (arg. Gai. 2, 163). *Temere* qui sembra usato nel senso che ha in Inst. 2, 8, 1, di fattura certamente compilatoria [3].

---

(1) Loc. cit., p. 252.

(2) [In *La Temi siciliana,* 1, 1901, p. 10 = *supra,* p. 178].

(3) [Vedi Ferrini, *Bullettino dell' Istit. di dir. rom.,* 13, 1900, p. 152 = *Scritti,* II, p. 364].

Ma tanto l'opinione di Paolo, quanto quella di Ulpiano (pure attenuata con gli emblemi) non rappresentano il principio del diritto giustinianeo. Questo è piuttosto il contrario, e cioè che i separatisti, i quali non abbiano ricevuto il pagamento integrale dalla vendita dei beni del defunto, possano per il residuo credito rivolgersi contro l'erede, quando siano soddisfatti i creditori di costui. Infatti a ciò doveva condurre la mutata concezione dell'istituto; a ciò la stessa nuova legislazione. Poichè o l'erede aveva chiesto il beneficio d'inventario e aveva adempiuto gli obblighi relativi, e contro i beni propri di lui nulla potevano pretendere i creditori ereditari; od egli aveva trascurato tale beneficio, ed è conforme alla costituzione giustinianea ch'egli abbia a rispondere inesorabilmente col proprio dei debiti del defunto: C. 6, 30, 22, 1*a*: « — — omnibus creditoribus suppositus est, utpote hereditate ei ex sua voluntate infixa »; § 14 *a*: « — — omnibus in solidum debitis hereditariis teneatur et non secundum modum patrimonii, sed, etsi exiguus sit census hereditatis, tamen quasi heredem eum in totum obligari, et sibi imputet, qui pro novo beneficio vetus elegit gravamen »; e rincara il principe la dose per chi chiegga di deliberare e non faccia inventario, § 14 *c*: « Si quis autem temerario proposito deliberationem quidem petierit, inventarium autem minime conscripserit – – – non solum creditoribus in solidum teneatur, sed etiam legis Falcidiae beneficio minime utatur ». Il concetto evidente che sta a base di queste disposizioni è che, se l'erede non fa subito e nei modi prescritti l'inventario, manca la giuridica certezza del vero ammontare del patrimonio del defunto. In tal caso, se anche i creditori chiedono la *separatio*, non può e non deve l'erede essere esonerato dal rispondere del proprio in quanto occorra: *sibi imputet*, del resto, dal momento che aveva un rimedio facile per salvaguardare la propria responsabilità (1).

A tali principii i compilatori hanno dato espressione interpolando gravemente un passo attribuito a Papiniano,

(1) Del resto, la riluttanza del nuovo diritto a privare di ulteriori rimedi il creditore solo in parte soddisfatto si può facilmente dimostrare. Si pensi al modo con cui il diritto giustinianeo regola i rapporti fra debitore principale e fideiussori, fra debitori correali, fra coloro che si possono convenire con l'azione *de peculio* etc.

D. 42, 6, 3, 2. Anzitutto non sarà male avvertire che il campo interpolatizio comincia prima, e che già il § 1 è alterato. Un fideiussore nomina erede il debitore principale: il creditore ottiene la *separatio bonorum*. Con essa, oltre che la distinzione dei beni e delle procedure esecutive, si ottiene la pratica eliminazione dell'avvenuta confusione, conseguenza che è importantissima e che conferma pienamente quanto abbiamo detto sulla natura dell'antica *separatio*. Se il creditore non ha conseguito il *solidum* con la vendita dei beni del garante, potrà rivolgersi per il residuo contro il debitore principale (erede)? La risposta è:

« ... sed cum stipulator iste (οὗτος ὁ στιπουλάτωρ), non adita fideiussoris a reo hereditate, bonis fideiussoris venditis, in residuum (εἰς τὸ λοιπόν) permisceri [1] debitoris creditoribus potuerit, ratio non patitur eum in proposito summoveri » [2].

Non occorre spendere parole per dimostrare che questo ragionamento contraddice ai più sicuri principii del diritto classico. Corrisponde invece alle nuove regole del diritto giustinianeo (C. 8, 40, 28).

Veniamo ora al § 2:

« Sed in quolibet alio creditore, qui separationem impetravit, probari commodius est, ut, si solidum ex hereditate servari non possit, ita demum aliquid ex bonis heredis ferat, si proprii creditores heredis fuerint dimissi » [3].

I compilatori, che hanno ammesso nel primo caso il creditore insieme a quelli dell'erede *(permisceri potuerit)*, perchè creditore in proprio anche di questo, ammettono negli altri casi il separatista insoddisfatto per il residuo credito a rivalersi sui beni dell'erede dopo i creditori propri di costui. Che la decisione spetti ai compilatori, io credo ancora, nonostante le osservazioni del Solazzi [4]. Intanto non saprei ammettere che Papiniano sia tra i *quidam* citati da Paolo; questi avrebbe certo nominato un giurista di tanta autorità, e

---

[1] Pro misceri ms. F.; pro ⟨portione⟩ misceri HUSCHKE.

[2] [Vedi FERRINI, *La Temi siciliana*, 1, 1901, p. 11 = *supra*, p. 179 sg.].

[3] [Vedi FERRINI, loc. cit. nella nota precedente].

[4] Loc. cit., p. 258 sg.

d'altra parte i compilatori non avrebbero sostituito *Papinianus putat* con *quidam putant.* Mi pare anzi che dall'espressione di Paolo si possa ricavare un diretto argomento contro la genuinità del nostro passo. Inoltre avrebbe davvero Papiniano detto « portar via qualche cosa dai beni dell'erede » per esprimere la facoltà di esperire contro l'erede in proprio il residuo credito? E avrebbe detto che è « più comodo » ammettere questo? (1). Che Papiniano dica altrove (2) essere più facile o più difficile ammettere un'opinione o che un'opinione sia elegante o sia più forte (ossia abbia migliori argomenti), ben si comprende. E parimenti si capisce che si dica essere opportuno distinguere, essere più opportuno compilare una stipulazione in uno o altro modo, fare il calcolo nell'uno o nell'altro modo, che il pretore dia ad una sua ordinanza questa o quella portata o regoli in questo o quel modo la *missio in possessionem* (3). Ma che un diritto si tolga o si conceda perchè è più comodo (come, del resto, e per chi?), non corrisponde all'ufficio di un interprete. Può convenire ai compilatori, che hanno un vero mandato legislativo (salva l'alta sanzione imperiale), di tener conto anche delle comodità.

Si confronti D. 40, 12, 30 (Iul. 5 *ex Minicio*), in cui io ammetto interpolazioni in più larga misura del Riccobono (4):

« Duobus petentibus hominem in servitutem pro parte dimidia separatim, si uno iudicio liber altero servus iudicatus est, [commodissimum est eo usque cogi iudices, donec consentiant (!): si id non continget,] Sabinum refertur existimasse duci servum debere ab eo qui vicisset: cuius sententiae Cassius quoque est et ego sum. et sane ridiculum est arbitrari eum pro parte dimidia duci, pro parte libertatem eius tueri. [commodius autem est favore libertatis liberum quidem eum esse, compelli autem pretii sui partem viri boni arbitratu victori suo praestari] ».

---

(1) Il *commodius* non ha del resto come termine di relazione l'esclusione assoluta dei separatisti dai beni dell'erede, ma al contrario, come prova il § 1, il " permisceri heredis creditoribus „.

(2) Cfr. le citazioni del SOLAZZI, loc. cit., p. 260 sg.

(3) D. 46, 3, 95, 5. 45, 1, 53. 46, 5, 11. 37, 6, 3, 2. 42, 5, 12 pr. 42, 4, 7, 17.

(4) *Bullett. dell' Istit. di dir. rom.*, 7, 1894, p. 244 sg.

Qui i giudici, che hanno già proferito la sentenza, vengono ancora costretti (come ?) finchè vadano d'accordo (!): se non vanno d'accordo, lo schiavo si ha per libero, ma deve pagare metà della propria estimazione al vincitore. Quello sarà comodissimo, questo più comodo (meno pratico forse, e meno logico soprattutto, ma più umano): ma son cose che non potevano passare per la testa di Giuliano, che non aveva autorità nè di infirmare i giudicati, nè di negare il *ius adcrescendi*, nè di strappare la cosa a colui che vi aveva diritto.

Del resto, tutti sanno come analoghe forme di interpolazione sieno molto comuni. Cfr. ad es. D. 23, 3, 61 pr.: « quaerendum tamen est, utrum tota obligatio an quod amplius promissum est, quam promitti oportuit, infirmetur ? [et utilius est dicere id quod superfluum est tantummodo infirmare] » (1); D. 33, 5, 8, 2: « quod si ante decessissem .... non futurum communem ..... [humanius autem erit ut et in hoc casu, quasi semel electione facta, fiat (*scil.* homo) communis] » (2); e così via (3).

(1) [Vedi W. Kalb, *Roms Juristen*, Leipzig 1890, p. 23].
(2) [Vedi Lenel, *Paling.*, II, Pomp. 482 (col. 100 n. 3)].
(3) Esempi già rilevati sono: D. 23, 3, 9, 1. 46, 1, 51, 1. 49, 8, 1, 4 etc.

Sull' origine dei legati (*).

Nel volume di studi giuridici pubblicato in occasione dell' VIII centenario dell' Università di Bologna si legge un bellissimo studio di C. Fadda intorno all' origine dei legati (1): il lavoro del valentissimo romanista giunge assai opportuno per la critica acuta delle precipue teoriche escogitate in questi ultimi tempi e per la copia delle osservazioni nuove e geniali, delle quali chiunque ormai si occuperà del tema dovrà tener conto. Tanto più mi dolse il fatto che la parte da me stesso dedicata alla medesima ricerca, in un libro in cui mi occupo di argomento più generale, sia da molti mesi già stampata; nè io vorrei in alcun modo, quando quel libro uscirà alla luce, essere accusato di ignoranza di un così elegante studio di uno fra i più illustri romanisti italiani, o (ciò che sarebbe ancora più vergognoso) di trascuranza. I risultati ai quali io arrivo in quel libro (2) sono parzialmente diversi da quelli cui il Fadda è pervenuto; mi sembra pertanto doveroso il riassumere brevemente gli argomenti dai quali sono stato mosso e l' esporre quelli che tuttavia mi persuadono a non dipartirmi dalla mia opinione. La quale si potrebbe formulare come segue. Nelle due antichissime forme del testamento romano (*calatis comitiis* e *in procinctu*) esisteva il tipo del legato che fu detto poi *per*

(*) [In *Bullett. dell' Istit. di dir. rom.*, 1, 1888, pp. 111-125].

(1) *Per l' VIII centenario dell' Università di Bologna*: *Studi giuridici e storici*, Roma 1888, pp. 163-222. [Ripubblicato in *Studi e questioni di diritto*, vol. I, Napoli 1910, pp. 65-131].

(2) [*Teoria generale dei legati e fedecommessi*, Milano 1889, p. 6 sgg.].

vindicationem. La legislazione decemvirale con il notissimo « uti legassit etc. » ha confermato quelle forme di testamento, e così implicitamente ha riconosciuto quel legato. Solo più tardi (e in origine quale rimedio suggerito dalla necessità delle cose) i cittadini cominciarono a valersi della *familiae mancipatio* a scopo di testare: in tale negozio non erano concepibili veri legati, e infatti troviamo memoria che si usassero forme analoghe al futuro fedecommesso, senza giuridica efficacia. L' *interpretatio fori* con l' audacia consueta intervenne anche qui, quando la cresciuta impopolarità del testamento *calatis comitiis* e l' uso frequentissimo della *fam. manc.* consigliarono di dare vera figura ed efficacia di testamento anche a questa. Alla *mancipatio* fu aggiunta la *nuncupatio* tolta dall' antico testamento pubblico; l' erede fu distinto dal *familiae emptor*: la norma decemvirale fu applicata a questo testamento nuovo. Solo più tardi nacquero gli altri tipi di legato.

Invece per il Fadda le cose procedettero come segue. Negli antichissimi tipi di testamento non erano possibili legati; neppure nella *f. m.*, in cui non potevano aver luogo che figure sostanzialmente identiche al fedecommesso, senza azione e tutela giuridica. Ma le XII tavole trasformarono la *f. m.* nel *testamentum per aes et libram*, e precisamente con la norma « uti legassit etc. » diedero piena efficacia giuridica ai legati in esso contenuti. Il legato riconosciuto dalle XII tavole era il legato *per vindicationem*: più tardi sorse quello *per damnationem* e (per supplire alle iniziali angustie di quest' ultimo) il *legatum sinendi modo*.

Come ognuno vede, in più luoghi le risultanze s' incontrano; ed io sono veramente lieto che i miei studi ricevano dall' autorità di un così riputato romanista una poderosa conferma. Relativamente ai punti in cui divergiamo, espongo ora sommessamente il mio avviso.

L' argomento precipuo contro la possibilità del legato nel *testamentum calatis comitiis* sta, secondo il Fadda, in ciò, che questo testamento era una vera legge (*privilegium*): con tale principio è incompatibile l' esistenza sia del legato *per damnationem* (contrariamente a quanto il Hölder vorrebbe), sia del legato *do lego.* Veramente, per quanto io riconosca che parecchi argomenti sono notevoli, io non so ancora arrendermi all'opinione che l'antico testamento *cal. com.* fosse una legge.

Infatti, una compartecipazione della comunità a questo atto supremo del *paterfamilias* non include necessariamente l'idea di legge; e d'altra parte, in quei primi tempi, in cui i testamenti erano rari e la comunità ristretta, doveva essere cosa per tutti interessante la disposizione di ultima volontà di uno dei membri, per cui riesce spiegabile la convocazione di tutti anche a mero scopo di testimonianza. Ciò che mi trattiene soprattutto dall'accogliere l'opinione che il testamento *cal. com.* fosse una legge, o almeno continuasse ad essere tale fino alla legislazione decemvirale, si è la considerazione che, accanto ad esso, era nato e si manteneva il testamento *in procinctu*, il quale certamente una legge non era; poichè la vecchia opinione che l'esercito votasse come il popolo radunato nei comizi è, per un testamento che doveva farsi nell'imminenza della battaglia, incompatibile con l'ordinamento tattico dell'esercito romano: e questo ha bene avvertito recentemente anche il Voigt (1). Ora, la validità di questo testamento riposava tutta sulla testimonianza di quei commilitoni che avevano udito e raccolto le ultime disposizioni. Non era quindi necessaria una legge, nel concetto antichissimo romano, per mutare il corso della successione legittima: ciò che evidentemente si riteneva necessario era la dichiarazione fatta avanti ai propri concittadini. E, mentre in pace si voleva che tutto il popolo assistesse, in guerra bastò che il testatore si rivolgesse ai più vicini, alla schiera cui apparteneva.

Del resto, ammettiamo pure che il testamento *cal. comitiis* fosse e si mantenesse una legge. Ancora non vedo come ne discenda l'impossibilità dei legati; a me anzi per più ragioni (che ora sto per dire) parrebbe difficile escluderne la possibilità. Anzitutto però dichiaro che, come io non ho mai dubitato che avesse torto il Hölder nel sostenere la possibilità (ed anzi la possibilità esclusiva) del legato *per damnationem* in tale antica forma di testamento, così ora ognuno deve confessare che tale teoria hölderiana ha avuto dal Fadda un colpo sì grave da non potersi certo più riavere. Il lettore rilegga le eccellenti osservazioni del Fadda su questo punto, e non potrà a meno di esserne convinto. Ma invece io trovo che nulla si

(1) *Die XII Tafeln*, I (Leipzig, 1883), p. 225 sgg., specialmente nn. 9-10.

oppone a riconoscere la possibilità del legato *do lego*. Il Fadda dice [1] che non si vede la ragione dell' intervento del popolo in materia di legati: tale intervento era necessario per la successione *in universum ius*, che mutava l' ordine delle eredità legittime, non per la creazione di diritti particolari. Ma si noti: in tempi così remoti, nei quali del patrimonio non si aveva ancora un adeguato concetto economico e giuridico, una differenza sostanziale fra l' istituzione in erede ed il legato di proprietà non poteva esserci. Era sempre una successione ordinata dal testatore circa le proprie *familia* e *pecunia*: successione che nell' istituzione si riferiva in generale al complesso dei beni, nel legato a quell' oggetto o a quegli oggetti particolarmente designati. E l' una e l' altra successione costituivano una deviazione dall' ordine legittimo: e quindi, ammesso che il popolo dovesse approvare legislativamente (com' io poi non credo) la maniera con la quale il testatore, divergendo da quello, distribuiva il proprio patrimonio, si capisce che dovesse approvare anche i legati. E così anzi l' intervento del popolo avrebbe ovviato ad inconvenienti per cui allora non v' era altro rimedio: per es., avrebbe potuto impedire che l' eredità rimanesse coperta di legati, il che, come avrebbe facilmente prodotto la destituzione del testamento, avrebbe pure recato all' interesse dei *sacra* non lieve nocumento. Le parole della *nuncupatio* del testamento *per aes et libram* [2] « ita do, ita lego, ita testor » si riferivano, a mio avviso, tanto alla istituzione quanto ai legati, a entrambe le quali figure il verbo *legare* si applicava: io non veggo che fosse assurdo per l' antichissimo testamento che il testatore parlasse di « dare » anche a proposito della istituzione degli eredi, ai quali tramandava il complesso delle proprie cose, senza che si assurgesse ad una più astratta concezione del patrimonio. Ma non posso invece accogliere l' idea del Fadda [3], che le parole « ita do ita lego » venissero inserite nella formula solo nel nuovo testamento *per aes et libram*, quando

---

[1] Loc. cit., p. 173.

[2] Che erano molto verosimilmente da " ita „ in avanti quelle dell'antica dichiarazione fatta dinanzi ai comizi.

[3] Loc. cit., p. 221.

(contenendosi nelle « tabulae » l'istituzione in erede) quelle parole, cui il F. annette una efficacia ristretta, sarebbero state inconciliabili col contenuto del testamento medesimo. Inoltre il Fadda fa sua un'osservazione hölderiana: questo legato cioè [1], nella sua forma « do lego » (che dobbiamo pur ritenere essere l'originaria), è manifestazione caratteristica ed energica della volontà individuale, mentre nella legge non vi può essere che la formola impersonale, imperativa. Questa difficoltà non si può opporre a chi non accetta il carattere legislativo dell'antico testamento; ma io credo che pur chi l'accoglie non debba restarne soverchiamente scosso e che nemmeno sia costretto a credere imperativa la espressione « do lego ». Noi dobbiamo rappresentarci l'unico modo possibile con cui tale legge si potesse fare. Il testatore stesso non avrebbe potuto farsi autore della proposta di legge, chè ciò non sarebbe stato conciliabile coi principii di diritto pubblico romano. Il cittadino non avrebbe potuto fare altro che presentare [2] il proprio testamento, contenente la sua volontà individuale e personale, dicendo: « ita do, ita lego, ita testor: itaque vos, Quirites, testimonium mihi perhibetote ». Sarebbe toccato al presidente di formulare la proposta di dare efficacia giuridica a siffatta volontà; un privato non avrebbe potuto farsi latore di leggi. E così si sarebbe avuto un atto duplice: il testamento subbiettivo e individuale, e la conferma comiziale impersonale e imperativa. È quindi bene ammissibile, pure stando alla teoria seguìta dal Fadda, che il legato manifestasse anche in origine la volontà individuale del testatore.

Le XII tavole, a mio avviso, non fecero con la legge « uti legassit etc. » che confermare la libertà di disporre in ordine ai beni (istituzioni, legati, manomissioni) e alla tutela nei due tipi già in uso di testamento. Il Fadda respinge decisamente siffatto modo di vedere. Anzitutto, trova molto strano che una legge speciale abbia bisogno di una precedente autorizzazione in una legge generale [3]; ma si rifletta che certo il testamento *in procinctu* (che probabilmente in quei tempi di guerre con-

---

(1) Loc. cit., p. 196.

(2) Sia pure oralmente.

(3) Op. cit., p. 205.

tinue, quando soprattutto i comizi testamentari non si riunivano che due volte l'anno, era il più usitato) non era una legge; si rifletta che una legge vietante i privilegi [1] avrebbe dovuto fare esplicitamente l'eccezione per i testamenti comiziali; finalmente si rifletta che il senso di quella legge potrebbe anche intendersi così: « che le disposizioni etc. esposte dal testatore ai comizi o ai vicini commilitoni debbano senz'altro avere efficacia — *ita ius esto* — senza bisogno di altra conferma ». Ciò io dico, sempre nella ipotesi dell'originaria natura legislativa del testamento *cal. com.*

Dopo le osservazioni più sopra fatte, non troveremo troppo arduo dare simile relazione alla voce *legare*, « che — — accenna ad atto individuale » [2]. Il Fadda poi, con molto argute combinazioni, cerca di dimostrare che simile espressione soltanto poteva riferirsi a disposizioni particolari, e che quindi fosse assolutamente inetta a significare l'antico testamento pubblico. Ma da tale dimostrazione io non rimango convinto. Se *legare super tutelam* ha certo per oggetto disposizioni particolari, dunque anche *legare super pecuniam*, dice il F. con il Hölder [3]. Ma intanto da ciò si ricava che *legare*, riferendosi pure alla nomina del tutore testamentario, non può significare altro che « disporre, ordinare »; e così riesce un'espressione generale riferibile anche alla istituzione in erede.

Alla quale non c'era nella lingua latina altro termine che esattamente corrispondesse: la voce *testari* si riferiva al complesso dell'atto di ultima volontà, e il legislatore, volendo invece sanzionare le singole disposizioni, s'è valso molto opportunamente di questa parola che già a tale uopo era usata nella vecchia *nuncupatio*: « ita do, ita lego », « così io distribuisco i miei averi, e queste disposizioni d'ultima volontà io manifesto ». So bene che il Fadda (risuscitando una vecchia opinione del Donello e dandole un senso ben più ragionevole ed elegante) ha pensato al *legare* del diritto pubblico, ed ha visto nel *legare* del diritto privato l'espressione dell'incarico dato nella *fam. manc.* all'*emptor*, che nelle XII tavole sarebbe stato

---

(1) Cic., *de leg.*, 3, 19, 44.
(2) Loc. cit., p. 206.
(3) Loc. cit., p. 209.

tramutato appunto per questa legge in un valido onere per l'erede. Ma il Fadda, il quale riconosce assai bene che il legato delle XII tavole non potè essere che quello *per vindicationem*, vedrà per il primo che a designarlo non sarebbe stata opportuna questa voce, se davvero avesse indicato l'incarico dato all'erede e l'opera sua, mentre in questo tipo di legato tutto si opera fra testatore e legatario e nulla l'erede vi ha a che vedere. Nè poi bisogna insistere troppo sul significato ristretto della voce *pecunia*, quando noi ancora non sappiamo se per avventura debba leggersi « super ⟨familia⟩ pecunia⟨que⟩ » [1], e ad ogni modo sul significato di *pecunia* siamo ben lontani da risultanze sicure. Per noi starebbe anche il famosissimo passo di Q. Mucio (Pomp. 5 *ad Q. Muc.*, D. 50, 16, 120), il quale però è stato dal Fadda — bisogna pur confessarlo — mediante un'elegantissima esegesi [2] reso, se non favorevole, certo quasi innocuo per la sua teoria. Tuttavia devesi osservare come il *videtur* di quel passo non si possa paragonare al *videretur* che si trova in Pomp. 18 *ad Q. Muc.*, D. 40, 7, 29, 1. Poichè in quest'ultimo testo il giurista vuol dire che con la voce *emptio* la legge ha voluto indicare ogni genere di alienazione [3], nel senso che tale sembra essere lo spirito di essa; invece nel testo a cui ci riferiamo il giurista dice che « dalle parole della legge risulta, appare una liberissima facoltà di disporre »; e quindi il *videtur* non si rapporta al senso della voce *legare*, ma all'impressione complessiva che la legge fa all'interprete. Infatti l'esegesi faddiana urta contro le parole *tutelas quoque constituendi*: questa facoltà non doveva solamente sembrare compresa nella legge e deducibile dallo spirito di essa, mentre anzi vi si trovava esplicitamente dichiarata. Infine mi sembra che « ex mente legis XII tab. » in Paul. 9 *ad Pl.*, D. 50, 16, 80, può benissimo tradursi « secondo il significato della legge delle XII tavole ».

Del resto, ciò che specialmente mi conferma in questa idea è l'impossibilità che le XII tavole si riferissero ad altro

---

[1] Vedi Cic., *de inv.*, 2, 50, 148; Auct. ad Her., 1, 13, 23; cfr. Huschke, *Rhein. Museum f. Jur.*, 7, 1835, p. 60.

[2] Loc. cit., p. 202 sg.

[3] Niente di più facile, del resto, che nell'antico linguaggio " emere „ avesse appunto un significato così generale: cfr. Pernice, *Labeo*, I, p. 456.

tipo di testamento. Il Fadda opina che il *testamentum cal. comitiis* fosse già andato in disuso prima delle XII tavole: ciò mi sembra a stento credibile. La natura stessa delle cose doveva esigere un tempo lunghissimo, perchè tale desuetudine manifestasse i suoi effetti; ed è poco probabile che di un istituto così vetusto siansi conservati così vivi i ricordi. E poi bisognerebbe pensare che per un lungo periodo i Romani vivessero senza una forma di testamento riconosciuta dalla legge per il tempo di pace: cosa abbastanza strana, se pensiamo che prima tale forma c' era stata e c' era pei testamenti in tempo di guerra tuttavia, e se pensiamo che Gaio ci rappresenta la *familiae mancipatio* come un ripiego suggerito dalle difficoltà del momento (Gai. 2, 102: « si subita morte urguebatur »). Ma non solo avrebbe dovuto usarsi prima delle XII tavole il *testamentum cal. com.*, bensì per effetto delle XII tavole stesse alla antica *familiae mancipatio* avrebbe dovuto succedere il testamento *per aes et libram*. Ora, qui si può senza scrupolo affermare che è oltremodo inverosimile che una forma di testare non conforme alle leggi, escogitata come una scappatoia ed un ripiego, anteriore alla legislazione decemvirale, si sia così chiaramente e minutamente conservata nella memoria dei Romani (Gai. 2, 103). Inoltre, se la trasformazione della *familiae mancipatio* nel *testamentum per aes et libram* fosse stata opera delle XII tavole, i Romani non avrebbero sicuramente mancato di dirlo. Invece essi non accennano ad una trasformazione legislativa; anzi, usano espressioni tali da mostrare che la trasformazione fu l' opera d' un procedimento storico naturale, coadiuvato dall' *interpretatio fori*: « nunc aliter ordinatur, quam olim solebat ». O io m' inganno, o qui si esclude ogni ingerenza di legge particolare. Nè poi ci è lecito dedurre tale trasformazione dalle parole « uti legassit etc. », poichè in tali parole si potrebbe tutt' al più vedere la sanzione giuridica di quelle raccomandazioni che al *familiae emptor* rivolgeva il testatore. Invece la trasformazione del testamento (e quella delle *rogationes*) in validi legati avvenne, come Gaio insegna in modo non dubbio, mediante la distinzione dell' erede dal *familiae emptor*, che tuttavia continuò ad assumersi « propter veteris iuris imitationem » (Gai. 2, 103) con notevoli conseguenze giuridiche (Gai. 2, 105 sgg.), provanti nel modo più lucido che qui si hanno ardimenti e artificii

della *interpretatio* e non comandi del legislatore. Finchè la *familiae mancipatio* rimase fedele al suo tipo iniziale, insegna Gaio (2, 103), non vi furono legati giuridicamente efficaci, ma solo raccomandazioni e preghiere rivolte alla fede dell' amico; come il *familiae emptor* si differenziò dall' erede e furono aggiunte le parole nuncupative, si ebbero anche i veri legati. Ma, siccome le XII tavole non operarono la trasformazione del testamento, così non poterono convalidare tali legati. Tanto più che il legato *per vindicationem* ripugna interamente alla descrizione dell' antica *familiae mancipatio;* e solo si può spiegare la sua genesi ammettendo che, nato altrove, si trasportasse poi nel testamento nuovo *per aes et libram.* In questo non abbiamo più una persona che acquisti l' intero patrimonio, a cui si rivolgano necessariamente gli ordini del testatore: abbiamo solo un *familiae emptor,* che interviene affinchè il *paterfamilias* possa fare il testamento « secundum legem publicam », e cioè secondo quella libertà di disporre che la pubblica legge del popolo romano (le XII tavole) riconosceva [1]. Così l'*interpretatio* applicò al nuovo testamento la legge che disciplinava gli antichi testamenti pubblici: e infatti il testatore ripeteva le parole della prisca *nuncupatio*, nella quale (poichè ormai il testamento si faceva per scrittura) s' inserirono le altre « ita ut in his tabulis cerisque scripta sunt ».

Riassumendo, pertanto, il legato *per vindicationem* coesisteva (come forma di successione particolare) alla istituzione in erede negli antichissimi tipi di testamento romano; la *familiae mancipatio* non includeva legati, ma solo raccomandazioni rivolte alla lealtà dell'*emptor familiae,* e quando la giurisprudenza, combinando in certo modo i vari elementi, creò il testamento *per aes et libram*, ammise per questo la forma già riconosciuta di legato di proprietà. Ma presto dovettero sentirsi gli inconvenienti derivanti dalle angustie di questo

---

[1] Naturalmente con le parole *uti legassit* nel senso suesposto. Perchè poi la voce *legatum* si restrinse ai legati propri? È certo che con una comprensione sempre più esatta e particolare degli istituti anche il linguaggio si va sempre più differenziando, si va insomma facendo tecnico. Del resto una chiarissima prova di questo procedimento di differenziazione l' abbiamo nel fatto che *legare* in origine si rapportava anche alla nomina dei tutori. In un senso non tecnico *legare* ebbe sempre un' accezione più larga.

tipo; tanto più che le preghiere rivolte già nella *familiae mancipatio* al compratore avevano insegnato a valersi della persona acquirente il patrimonio ereditario per far pervenire a terze persone beneficii multiformi. La giurisprudenza romana procedette qui, come ovunque, per gradi; e il primo passo fu certo quello relativo al legato di cose fungibili, di cui Gaio (2, 196) ci informa. Riguardo a queste, fu stabilito essere sufficiente che fossero al tempo della morte del testatore nel patrimonio di lui. Urgeva poi provvedere in generale al caso in cui il testatore volesse legare una cosa che aveva *in bonis*, ma non gli apparteneva *ex iure Quiritium*, ovvero una cosa che intendeva di acquistare prima di morire, ma che al tempo del testamento non gli apparteneva; come pure al caso che volesse legare una cosa dell'erede.

Questi erano naturalmente i primi passi con cui il legato doveva uscire dalla prisca angusta cerchia, per diventare idoneo a quei molteplici scopi ai quali più tardi potè servire. Nè le fasi intermedie di tale sviluppo ci sono del tutto ignote; ci rimane una chiara traccia di esse nel *legatum sinendi modo* (1). Si cominciò ad ammettere che il testatore potesse costringere l'erede non a dare o fare addirittura, ma semplicemente a non opporsi a che il legatario s'impadronisse della cosa: « heres meus damnas esto sinere Lucium Titium hominem Stichum *sumere sibique habere* ». Queste ultime parole ricordano troppo da vicino il *sumito sibique habeto* del legato di proprietà; ma l'incontro non sta solo nelle parole. Anche qui l'atto si compie tutto fra testatore e legatario; l'erede direttamente non c'entra, e non è tenuto a far nulla: basta che non si opponga e non attraversi la volontà del defunto. Noi non teniamo conto dei conati posteriori della giurisprudenza per assimilare sempre più questo tipo di legato a quello *per damnationem*; nel suo primitivo spirito questo legato impone all'erede « nihil ultra - - - quam ut sinat, i. e. patiatur legatarium rem sibi habere » (Gai. 2, 214). E, secondo ogni verosimiglianza, la stessa *actio*

---

(1) [Vedi Ferrini, *Studi sul leg. opt.* in *Mem. dell'Ist. lomb.*, XVII, 1885, p. 179 n. 2 (ripubblicato in questo vol., più innanzi); *Legati e fedecommessi*, p. 14 sgg.; *Ricerche sul leg. sin. modo*, in *Rendic. dell' Ist. lomb.*, 33, 1900, p. 1213 sg. (= *infra*, p. 217 sgg.)].

incerti ex testamento (che serve per questo legato nel diritto posteriore) non può farsi risalire agli inizi del suo riconoscimento; pare che il legato (Epit. Gai. 2, 5, 6) si attuasse per via di azione reale, nel senso che l' erede non avrebbe potuto opporsi efficacemente al legatario rivendicante, e che sarebbe stato respinto se avesse agito per rivendicare contro il legatario (1). Così che l' incontro delle formole si trova dovuto, come è del resto naturale, alla successione storica.

So bene che l' opinione comune tende a far derivare il *legatum sinendi modo* dal *legatum per damnationem*. Ma come mai avrebbe allora il tipo « damnas esto sinere » costituito una figura a parte, mentre gli altri « damnas esto facere, non petere etc. » furono considerati come semplici variazioni della figura *per damnationem*? L' Arndts (2) dice che la ragione sta in ciò, che la classificazione delle quattro forme di legati non si riferisce che al *legatum rei*; ma tale spiegazione contenterà difficilmente. E più grave ancora è il riflesso della inutilità del *legatum sinendi modo* dopo il riconoscimento di quello *per damnationem*. Nè vale il notare che in origine il *legatum per damnationem* aveva un' efficacia assai ristretta (3). Se fu possibile variare la forma originaria di esso, applicarlo al contegno passivo dell' erede e garantirlo con un' *actio personalis in incertum* (che secondo la dottrina deve necessamente risalire alle origini del tipo), non avrebbe potuto essere il *legatum per damnationem* troppo rudimentale e immaturo, quando se ne sarebbe staccato il tipo *sinendi modo*. Noi badiamo troppo all' identità della frase *damnas esto*: chi ripensi alle cose dette troverà anzi l' uguale inizio delle formole esser segno di difforme origine storica, la quale impedì che l' un tipo sotto l' altro si riassumesse. D' altra parte, è chiaro che il *legatum sinendi modo*, e per la maniera con cui funziona e per la limitazione della sua efficacia, si accosta molto al *legatum per damnationem*, del quale evidentemente mira a colmare le più gravi e sentite lacune.

---

(1) Questa opinione non va confusa con quella di MAREZOLL, in Linde's *Ztschr. für Zivilr. u. Proz.*, 5, 1832, p. 107 sg.

(2) *Die Lehre von den Vermächtnissen*, p. 25 (= GLUECK, *Ausf. Erl. d. Pandecten*, Forts., 46, p. 25).

(3) Cfr. ultimamente FADDA, loc. cit., p. 178.

Ormai la cerchia del diritto antico era stata rotta: procedere era meno arduo. Ammessa una deviazione, come non si doveva continuare sotto l'impulso della pratica necessità? L'erede poteva essere condannato a permettere qualche cosa; uno svolgimento ulteriore poteva condurre a lasciarlo condannare a dare, e poi a fare qualche cosa. Così si pervenne al tipo della *damnatio* ed alle sue ulteriori variazioni: e non per autorità di legislatore, ma per spontaneo svilupparsi di giurisprudenza. In origine, si limitava a quantità certe di cose fungibili [1]. Ma poi, e rapidamente (sull'esempio della *stipulatio* che aveva già percorso la stessa via), le originarie limitazioni vennero meno, e non solo cose di altra natura, ma pur quantità incerte poterono legarsi a questo modo: anche atti dell'erede poterono formarne oggetto. Come si accordò l'*a. incerti ex testamento*, questa si estese presto al *legatum sinendi modo*, che venne perdendo l'originaria azione reale: la ragione storica sta nella sempre più larga interpretazione della voce *sinere* [2].

Quando ebbe luogo il riconoscimento del legato *per damnationem*? Potrebb'essere indizio di alta antichità il fatto che originariamente si concedesse al legatario una *manus iniectio* [3]. Ma non solo mancano testimonianze positive; il silenzio di Gaio, che pur menziona tante particolarità dell'antica *damnatio*, mi par degno di nota. Se poi si ammette che la *manus iniectio* non avesse mai luogo [4] e si riconosce un caso di liticrescenza senza *manus iniectio*, bisognerà non risalire troppo addietro e fermarsi al tempo in cui la *manus iniectio* stessa aveva perduto o andava perdendo terreno.

Un indizio non disprezzabile mi pare che ci guidi a ravvisare l'epoca di tale riconoscimento nel principio del sec. VII; secondo tale indizio, essa si dovrebbe porre fra la data della legge Voconia (a. 585/169) e quella della legge Falcidia (a. 714/40);

---

(1) Qui, più che mai, poteva nascere il bisogno di legare cose non pertinenti nè al testatore nè all'erede: cfr. Gai. 3, 175. 4, 9.

(2) Per una *lex locationis* vedi Alfeno, D. 19, 2, 29.

(3) HUSCHKE, *Nexum*, p. 212 sg.; PERNICE, *Labeo*, I, p. 475 n.; KELLER, *Der r. Civilpr.*6, p. 100; KARLOWA, *Der r. Civilpr. z. Zeit der Legisact.*, p. 150; BARON, *Abhandl. aus d. röm. Civilpr.*, I: *Condictionen*, p. 215.

(4) Così anche il VOIGT, *Die XII Taf.*, 1, p. 618.

termini si restringono poi notevolmente, trovando noi il legato *per damnationem* elaborato e svolto dai giuristi repubblicani verso la fine del VII secolo. Gaio (2, 225), riferendo il contenuto della legge Furia, dice non esser lecito a verun legatario, che non appartenga ad alcuna delle categorie eccettuate, di « *capere* legatorum nomine mortisve causa » più del valore di mille assi. Parlando poi della legge Voconia, egli dice (2, 226) che per essa « cautum est ne cui plus legatorum nomine mortisve causa capere liceret, quam heredes *caperent* ». Invece, esponendo il contenuto della legge Falcidia, dice (2, 227): « qua cautum est ne plus ei *legare* liceat quam dodrantem ». Tale diversità di espressione è notevole e, sebbene il *capere* si dica anche del ricevere che fa il legatario dall'erede in forza di un'obbligazione, niuno vorrà negare ch'esso si dicesse a preferenza dell'acquisto del legato di proprietà: tanto che tra le forme riconosciute di questo fu anche '*capito*'. E del resto tale espressione poteva benissimo riferirsi anche al legato *sinendi modo*. La diversa maniera con cui Gaio si esprime parlando della legge Falcidia trova un singolare riscontro nel testo di essa legge, ove il legato *per damnationem* è fortemente accentuato (cfr. D. 35, 2, 1 pr.): « - - - isque heres, qui *eam pecuniam dare damnatus erit, eam pecuniam debeto dare, quam damnatus est* ». Queste parole hanno il carattere di un primo riconoscimento legislativo di un fatto già dalla giurisprudenza riconosciuto. Non è del resto possibile ammettere che la Falcidia si restringesse in origine ai soli legati *per damnationem*: ciò contrasterebbe con tutto quanto ci fu tramandato in proposito. È troppo evidente che il testo della legge non fu per intero riportato dai compilatori, i quali dovevano possibilmente eliminare tutte le tracce dell'antica distinzione fra i *genera legatorum* (1). Infatti il testo, in quanto ci è conservato e riferito nelle Pandette, comincia con l'affermare la facoltà in ogni cittadino romano di « dare legare » quanto volesse « ne minus quam partem quartam hereditatis eo testamento heredes capiant », e la facoltà in coloro « quibus quid ita *datum legatum* (2) erit » di *capere* il loro legato. Bisognerebbe essere

(1) [Vedi *Legati e fedecommessi*, p. 21 sg.].

(2) La lezione *legatumve* ripugna alle prime parole, in cui giustamente si omette la disgiuntiva.

ciechi per non vedere la chiara relazione con il legato *do lego*: non solo si usa e si ripete la frase *dare legare;* ma, parlandosi del legatario, si adopera il *capere* e non si fa cenno di alcuna partecipazione dell' erede. Dopo questa disposizione seguiva l' estensione delle stesse norme al legato *per damnationem* introdotto di recente: i compilatori hanno naturalmente tutto cancellato, tranne la frase surriferita « isque heres — damnatus est ». La ragione per cui i compilatori hanno salvato questa frase non è troppo recondita: nella prima parte non si accennava all' obbligo dell' erede di pagare fino al limite del dodrante, perchè, trattandosi di legati *per vindicationem*, obbligo nell' erede di dare non esisteva; se ne parlava invece nella seconda parte relativa ai legati di obbligazione, e i giustinianei si valsero di questa seconda parte, in quanto poteva completare la prima, dato il legato quale ai loro tempi s' era venuto costituendo.

Se ora ravviciniamo il testo della Falcidia, così chiarito, ai citati passi di Gaio, la congettura suesposta potrà parere meno temeraria.

Osservazioni sulla responsabilità dell' erede nel legato "per damnationem" di una "res certa" (*).

1. Il legato *per damnationem* di una *res certa* (1) è dai giureconsulti romani assimilato, per gli effetti obbligatorii, alla *stipulatio* per la dazione di una specie: in entrambi i casi, infatti, si tratta dell' *obligatio rem dandi*, da considerarsi secondo la formola del negozio e non *ex fide bona*. Che nell' *actio ex testamento* (a differenza dell' astratta *condictio certae rei*) si accennasse alla *causa debendi (ex testamento)*, potè essere rilevante per altre considerazioni e conseguenze: ma non pare che fosse rilevante per misurare la responsabilità del debitore in seguito al suo contegno circa l' oggetto dovuto.

2. La responsabilità del *promissor certae rei* è con evidenza tratteggiata nel commentario di Paolo, 7 *ad Plaut.*, D. 45, 1, 91. Se il servo dovuto è ucciso (senza giusta causa) dal promittente, l' obbligazione si perpetua: se muore perchè il promittente non lo ha fatto curare durante una malattia, il promittente non risponde. Egli è infatti obbligato *ad dandum*, ossia a trasferire il dominio della cosa; non è obbligato ad un *facere*: a custodire, cioè a preservare e salvaguardare la

---

(*) [In *Rendic. dell' Istit. lomb.*, ser. II, vol. 33, 1900, pp. 697-705].

(1) Sull' argomento vedi il SALKOWSKI, in GLUECK, *Ausf. Erl. d. Pandecten*, Forts., 40, § 1526^d, e il PERNICE, *Labeo*, II, 2^2, p. 118 sg. Ho preferito di trattare l' argomento senza diretto riferimento a queste due notevoli elaborazioni (la seconda è specialmente importante), per non interrompere il filo della mia dimostrazione, che giunge a risultati diversi.

cosa. Egli sarà tenuto dunque se fa qualche cosa che contrasti col suo obbligo di dare, perchè rende impossibile la *datio*; non sarà tenuto se non rimuove ostacoli *ad dandum* da lui non posti. Quello che si è detto del perimento della cosa va ripetuto dei fatti che la sottraggono al commercio: la manumissione del servo, il far sì che la cosa divenga sacra o religiosa. La *constitutio veterum*, per cui il *factum* (imputabile) del debitore perpetua l' obbligazione, si estende anche alla *mora*: il *promissor* è tenuto se la cosa perisce *post moram*, perchè è vero che non ha dato quando doveva dare: « per eum stetit, quominus daretur ».

3. Analoghi insegnamenti si possono trarre dal passo precipuo che illustra la responsabilità dell' erede di fronte al *legatum per damnationem* di una *certa res*, preso dal commento di Ulpiano *ad Sabinum* (D. 30, 53). L' erede è tenuto se ha ucciso il servo dovuto, purchè *non merentem ob facinus* (§ 3); se ha reso religioso il fondo legato, purchè non avesse giusto motivo di farlo (§ 7) (1). All' uccisione diretta del servo è parificato l' atto positivo dell' erede che « servum non ipse occidit, sed compulit ad maleficium, ut ab alio occideretur, vel supplicio adficeretur » (§ 8) (2). Se il servo è stato preso dai nemici per fatto dell'erede (« si ab hostibus captus sit... *dolo heredis* » § 9), costui sarà tenuto; non se per mera mancanza di cura e custodia. Il giureconsulto qui parla di dolo, giacchè un atto positivo dell'erede, un *facere* in questo senso, non gli pare possibile che quale espressione del dolo (3). A stento s' induce il giurista (§ 4) a ritenere responsabile l'erede, che ha dato *in noxam* il servo: è bensì un atto positivo dell' erede, e un atto non necessario *(quia potest redimere)*: ma il giurista pensa, naturalmente, che l' erede può avere una buona ragione di prefe-

---

(1) Cfr. D. 31, 66, 4.

(2) Le ultime parole: " quod si sua mala mente *ad hoc* processit [chi?], cessabit aestimatio „ sono una goffa aggiunta dei compilatori.

(3) D. 46, 3, 98, 8: " si servus promissus ab hostibus captus sit... peti non potest „ (Celso). Si può eccettuare il caso che ciò avvenisse " facto promissoris „ (arg. D. 45, 1, 83, 5). Le parole " vel etiam ab hostibus si capiatur „ in D. 45, 1, 91, 1 sono (come lo stesso strappo al contesto sintattico dimostra) emblematiche; se ne persuaderà forse, rileggendo il passo, anche il Pernice *(Labeo,* II, 2², p. 113).

rire la consegna nossale. Se tuttavia la decisione è affermativa *(puto teneri)*, è perchè qui la prestazione non è resa impossibile; e precisamente col criterio medesimo si spiega perchè l'erede sia tenuto quantunque il terzo abbia conseguito per la mancata *cautio damni infecti* l'immissione nel possesso definitivo della *domus legata*. Il giurista osserva: *debuit enim repromittere*, « avrebbe dovuto prestare la cauzione ». Queste parole non significano punto che una *culpa in omittendo* perpetui qui l'obbligazione: l'obbligazione rimane in piedi perchè la prestazione resta tuttavia perfettamente possibile, e l'affermazione *puto eum teneri* significa solo che è negata all'erede l'*exceptio doli* contro il legatario il quale insista per avere la cosa.

Analogamente poi i casi fatti altrove sono dell'erede che uccide il servo (D. 30, 48, 1), che rende religioso il luogo (D. 31, 66, 4), etc.

4. Un diverso insegnamento non si trae, per il diritto classico, da D. 30, 26, 1 (Pomp. 5 *ad Sab.*):

« Si certum corpus heres dare damnatus sit, nec fecerit quominus ibi, ubi id esset, traderet, si id [postea sine dolo et culpa heredis] perierit, deterior fit legatarii condicio ».

Che le parole messe fra parentesi quadre sieno interpolatizie, non credo si possa discutere. *Heredis* è qui intollerabile, mentre *heres* è appunto il soggetto che regge tutto il periodo: almeno si dovrebbe attendere *eius*. *Postea* non ha senso: a che punto si riferisce? Ed anche la menzione di *dolus et culpa* dopo la frase *fecerit quominus* riesce inaspettata e inopportuna. In realtà, qui il giurista non pensava che a riprodurre la regola ordinaria: l'*heres damnatus* risponde per la mora e per il fatto positivo contrario all'obbligo di dare; il resto è emblema, che si spiega con il diverso atteggiamento del diritto giustinianeo.

Un passo evidentemente alterato è pure D. 30, 47, 4-5 (Ulp. 22 *ad Sab.*):

« Item si res aliena vel hereditaria sine culpa heredis [perierit vel] non compareat, nihil amplius quam cavere eum

oportebit [: sed si culpa heredis res periit, statim damnandus est]. Culpa autem qualiter sit aestimanda, videamus: [an non solum ea quae dolo proxima sit, verum etiam quae levis est? an] numquid et diligentia quoque exigenda est ab herede? *quod verius est* ».

Il passo è interpolato nelle parti messe fra parentesi quadre, ed è oltremodo dubbio nelle parole in corsivo. Che il *perire* qui sia affatto fuor di luogo, si evince da tutto il contesto del passo: si evince anche dal *cavere oportebit* che sussegue. La menzione del « perire » è stata suggerita ai compilatori dall' accenno incidentale che è in fine del precedente paragrafo [1]. La parte relativa alle due specie di *culpa* è stata già parzialmente riconosciuta dal Pernice [2] come interpolata. Io son sicuro che l' illustre maestro, ad un nuovo esame, riconoscerà con il suo fine intuito interpolata anche la *culpa quae levis est*.

In questo passo il giurista si occupa della *res legata quae non compareat:* in ispecie del servo in fuga. Qui la prestazione rimane in astratto possibile; l' erede però può respingere con una eccezione di dolo la domanda del legatario, se è pronto a dare cauzione di consegnare la cosa ove la ricuperi. Questa cauzione ha per effetto precipuo di evitare per l' attore, che intanto resta a mani vuote, il danno della consumazione processuale. Tale eccezione resta però fondata, in quanto l' erede non abbia colpa nella fuga del servo o nella scomparsa della cosa: altrimenti l' obbligazione procede secondo la sua logica rigorosa. La considerazione della colpa rientra qui affatto per via indiretta, come sopra nel caso affine della mancata *repromissio* e conseguente *missio in possessionem*.

Ecco infatti il contesto di D. 30, 47, 2-4:

---

(1) Si noti come manchi la *consecutio*: si dovrebbe leggere " perierit... damnandus erit ". E poi lo *statim* si contrappone nella intenzione dei compilatori al *cavere*. Ma che senso ha il *cavere* in caso di constatato perimento? [In Glueck, *Comment.* cit., parte II, contron. *g*, il Ferrini dichiara itp. nel fr. 47 § 4 anche *aliena vel*. Per il fr. 47 § 5 vedi ibid., p. 187 contron. *g* e *i*, e p. 190 contron. *e*].

(2) *Labeo* cit., p. 130. Per la forma: *an — verum etiam — an numquid*, a tacer d' altro.

« Itaque si Stichus sit legatus et culpa heredis non pareat, debebit aestimationem eius praestare; sed si culpa nulla intervenit, cavere heres debet de restitutione servi, non aestimationem praestare. sed et si alienus servus in fuga sit sine culpa heredis, idem dici potest: nam et in alieno culpa admitti potest: cavebit autem sic, ut si fuerit adprehensus, aut ipse aut aestimatio praestetur [: quod et in servo ab hostibus capto constat]. 3. Sed si Stichus aut Pamphilus legetur et alter ex his [vel] in fuga sit [vel apud hostes], dicendum erit praesentem praestari [aut absentis aestimationem]: totiens enim electio est heredi committenda, quotiens moram non est facturus legatario. [qua ratione placuit, et si alter decesserit, alterum omnimodo praestandum, fortassis vel mortui pretium.] sed si ambo sint in fuga, non ita cavendum, ut 'si in potestatem ambo redirent', sed 'si vel alter' [, et 'vel ipsum vel absentis aestimationem praestandam']. 4. Item si res aliena vel hereditaria sine culpa heredis [perierit, vel] non compareat *rell.* ».

Tolte le interpolazioni, evidenti anche per la forma, di cui varie sono state già da altri per altri motivi avvertite [1], risulta un contesto buono e chiaro. La fuga del servo, se avviene senza colpa dell' erede, dà modo a questo di respingere (con eccezione) la domanda per sè fondata del legatario, purchè dia cauzione di restituire il servo *si in potestatem redeat*. Se però il legato è alternativo di due servi, l' erede deve dare il servo presente. Se entrambi i servi fossero in fuga, la cauzione va concepita così: « si Stichus et Pamphilus alterve eorum in tuam potestatem redierint ». Indi il giurista passa a parlare in genere di ogni altra *res quae non compareat*.

5. I resultati nitidi e conseguenti ottenuti nel precedente numero non vengono punto infirmati dall' esame di D. 30, 39 pr. (Ulp. 21 *ad Sab.*):

« Cum servus legatus in fuga esset vel longinquo absens exigatur, operam praestare heres debet, ut eam rem requirat et praestet: et ita Iulianus scribit. nam et sumptum an in

---

(1) Cfr. SCIALOJA, *Bullett. dell' Ist. di dir. rom.*, 11, 1898, p. 66 sg. [Vedi anche FERRINI, *Legati e fedecomm.*, p. 200; *Pandette*, p. 531 n. 2].

hanc rem facere heres deberet, Africanus libro vicensimo epistularum apud Iulianum quaerit putatque sumptum praestandum: quod et ego arbitror sequendum ».

Su questo passo, e sulla sua relazione con il precedente, molto si è scritto; e non sempre bene. Anzitutto mi pare fuor di luogo l'escogitare una diversa fattispecie che stia a base delle due decisioni: « si .... legetur et .... in fuga sit » ha D. 30, 47, 3, e cioè una espressione affatto simile alla nostra. Inoltre si dovrà concedere che il passo nostro sia alterato: *servus legatus* ha per corrispondente *eam rem; operam praestare .... ut .... rem ... praestet* è pure locuzione almeno sospetta. Io non credo però che le alterazioni qui si riferiscano alla sostanza della decisione. Infatti, se non si fosse decisa affermativamente la questione rispetto all'opera positiva da prestarsi dall'erede, non sarebbe neppure sorta la successiva riguardante le spese. Le due cose, e cioè l'innegabile e non lieve alterazione del passo e la sostanziale genuinità della decisione, si conciliano facilmente, pensando che il testo dovesse accennare al particolare trattamento di un tipo di legato tramontato nel diritto giustinianeo. Quale fosse questo tipo di legato, non è certo difficile scoprire (ed è davvero strano che i romanisti fin qui non l'abbiano scoperto); basta leggere quanto segue nel § 1:

« Fructus autem hic deducuntur in petitionem - - - - quod in fructibus dicitur, hoc et in pensionibus urbanorum aedificiorum intellegendum erit. in usurarum autem quantitate mos regionis erit sequendus: iudex igitur usurarum modum aestimabit et statuet *rell.* ».

Si tratta di un legato obbligatorio (seguono infatti le parole: « ipsius quoque rei interitum *post moram debet, sicut in stipulatione* etc. »), che produce l'obbligo di prestare i frutti e gli interessi di mora *officio iudicis*. Un tale legato è notoriamente il *legatum sinendi modo*, e non è senza ragione che qui troviamo addotta l'autorità di Salvio Giuliano [1].

---

[1] Cfr. Gai. 2, 280: " Item fideicommissorum usurae et fructus debentur, si modo moram solutioni[s] fecerit qui fideicommissum debebit: legatorum vero usurae non debentur, idque rescripto divi Hadriani significatur. scio

Anzitutto, questo legato presenta l'*intentio incerta* « quidquid heredem ex testamento dare facere oportet », sebbene ne sia oggetto una *res certa* (Gai. 2, 213). In secondo luogo, la formola di questo legato non limitava al *dare* (all'attribuzione della proprietà) l'obbligo dell'erede, ma ne indicava un più ampio e vago contenuto: « heres meus damnas esto sinere L. Titium hominem Stichum sumere sibique habere » (Gai. 2, 209). Anzi, taluni giuristi non ritenevano qui l'erede obbligato ad un atto formale di traslazione del dominio: essi avevano probabilmente ragione secondo le origini storiche di questo tipo, se non secondo la sua ulteriore evoluzione. Ad ogni modo, era inteso che l'erede dovesse esplicare una positiva attività nel senso di eliminare gli ostacoli all'apprensione della cosa da parte del legatario. L'erede deve far sì che il legatario che domanda la cosa la possa subito avere: manca altrimenti al suo obbligo di *sinere*, e così ben si spiegano gli effetti che qui Giuliano attribuisce alla mora. Inoltre, come s'intendesse il *sinere* possiamo arguire dal modo con cui Alfeno intendeva il *non sinere*. Nella *lex locationis* « neve quem cingere caedere urere sinito » il giurista (D. 19, 2, 29), dopo avere notato che il *non sinere* ha tanto il significato di proibire, quanto quello di provvedere perchè non avvenga il fatto (« prohibere » ed « etiam silvam custodire ne quis id facere possit »), osserva doversi intendere il contratto « ut redemptor non solum, si quem casu vidisset silvam caedere, prohiberet, *sed uti curaret et daret operam ne quis caederet* » (1). Proprio come nel caso nostro *operam praestare heres debet, ut... rem requirat*. In questo obbligo di *praestare operam* trova Giuliano incluso quello di sostenere le spese relative.

---

tamen Iuliano placuisse in eo legato, quod sinendi modo relinquitur, idem iuris esse quod in fideicommissis: quam sententiam et his temporibus magis optinere video „. [Vedi anche *infra*, p. 226 sg.].

(1) [Vedi anche *infra*, p. 226]. Il Riccobono (*Bullettino dell' Ist. di dir. rom.*, 6, 1893, p. 137 n. 1) ha opposto alle conseguenze da me dedotte da questo passo (*Legati e fedecomm.*, p. 19) che qui si tratta di un contratto di buona fede. Ma ciò non osta alle deduzioni da me fatte, poichè la questione non concerne che la *significatio verbi*: e, del resto, come nel diritto antico si facesse poca distinzione in proposito appare da D. 4, 3, 7, 3. Nulla si ricava per l'interpretazione di *sinere* da D. 34, 3, 16, giacchè qui è questione di oggetto, non di modo o misura dell'attività.

6. Questa scoperta ci potrà forse servire a chiarire altri punti. Come è noto, il promittente non risponde *ex stipulatu* dei deterioramenti di fatto da lui cagionati alla cosa dovuta: era perfino dubbio, ai tempi di Labeone, se ne rispondesse nella ipotesi che la stipulazione contenesse la *clausula doli* (1). Nel diritto classico lo stipulante può in tal caso respingere la prestazione offerta; questo fatto non si assume come una *mora accipiendi (per eum stare, quominus accipiat)*, nè quindi resta fondata l'*exceptio doli* che il promittente voglia poi opporre all'azione di lui (2). Che le stesse norme valessero per il *legatum per damnationem* non si può, a mio credere, dubitare. Un testo spesso addotto in proposito è

D. 34, 2, 12 (Papin. 17 *quaest.*): « Si imaginem legatam heres derasit et tabulam solvit, potest dici actionem ex testamento durare, quia legatum imaginis, non tabulae fuit ».

Papiniano qui per ottenere la responsabilità dell'erede è costretto a considerare il caso come distruzione, anzichè come deterioramento della *res legata:* egli ravvisa (avvicinandosi al concetto moderno) il quadro come *nova species* risultante dalla tela e dai colori, anzichè (secondo l'idea romana) come il risultato di mera accessione. E tuttavia lo sforzo evidente che egli fa *(potest dici)* per ottenere questa risultanza, prova chiaro lo stato del diritto vigente.

Un altro testo a mio avviso corrobora queste osservazioni. In D. 30, 53, 5 Ulpiano (lib. 25 *ad Sab.*) ribatte non senza titubanza l'opinione di coloro che stimavano liberato l'erede che, avendo ucciso l'animale oggetto del legato, ne offrisse il cadavere. Anche qui egli riesce ad ottenere la responsabilità dell'erede, considerando l'uccisione come distruzione, anzichè come semplice deterioramento della cosa:

« Sed si animal legatum occiderit (*scil.* heres), puto teneri, non ut carnem praestet vel cetera λείψανα, sed ut praestet pretium, quanti esset, si viveret ».

Se pensiamo che un testo è di Papiniano e l'altro è di Ulpiano, troveremo poco verosimile quanto ritiene un insigne

---

(1) D. 4, 3, 7, 3.

(2) Cfr., ad es., PERNICE, *Labeo* cit., p. 125.

critico moderno, il Pernice, ossia che per influenza di Giuliano il trattamento dell'*actio ex testamento (rei certae)* si modificasse e, allontanandosi dalle *condictiones*, si avvicinasse a quello dei *bonae fidei iudicia.* All'uopo si citano due testi, uno dei quali (si avverta) è di Pomponio, ed è stato scritto prima della pubblicazione dei Digesti di Salvio Giuliano.

D. 7, 6, 2 (Pomp. 5 *ad Sab.*): « Si ab herede ex testamento fundi usus fructus petitus sit, qui arbores deiecisset aut aedificium demolitus esset aut aliquo modo deteriorem usumfructum fecisset aut servitutes imponendo aut vicinorum praedia liberando, ad iudicis religionem pertinet, ut inspiciat, qualis ante iudicium acceptum fundus fuerit, ut usufructuario hoc quod interest ab eo servetur ».

Il testo nella sostanza non pare alterato. I guasti recati dal debitore sono precisamente quelli che altrove si dicono non perseguibili con la *condictio* (« imposuit ei ⟨*scil.* fundo⟩ servitutem vel aedificia diruit, arbores excidit vel extirpavit »: D. 4, 3, 7, 3). L'esame dell'*id quod interest* si rinvia all'*officium iudicis.* Mi pare molto difficile negare che qui il giureconsulto non avesse davanti agli occhi un legato *per damnationem* (con la formola corrispondente *usumfructum dare oportere*: infatti anche nella ipotesi che fa il testo l'usufrutto sarebbe dato), bensì un *legatum sinendi modo*, specialmente frequente in materia di usufrutto (1). Qui è chiaro che l'erede così operando *non sinit*, almeno in parte, *uti frui*: qui è facile attribuire quel compito all'*officium iudicis*, essendo incerta l'*intentio.*

D. 30, 84, 4 (Iul. 33 *digest.*): « Aedes, quibus heredis aedes serviebant, legatae sunt [traditae] ⟨mancipatae⟩ legatario, non imposita servitute. dixi posse legatarium ex testamento agere, quia non plenum legatum accepisset: nam et eum qui debilitatum ab herede servum acceperit, recte ex testamento agere ».

---

(1) Cfr. ad es. D. 33, 2, 14: " Duos separatim *uti frui sinere* damnatus heres *rell.* "; 15 pr. eod. [Vedi anche in Glueck, *Comment.* cit., parte II, p. 196, contronota *r*; e *infra*, p. 223].

I due casi non sono del tutto equipollenti; nell' un caso la servitù è venuta meno *sine facto heredis*, nel secondo abbiamo il *factum heredis*. Nel primo caso poi si tratta di ciò, che la *datio* non è risultata giuridicamente completa; mentre nel secondo nulla manca alla pienezza del dominio *(plenum legatum)*. Come sotto questo aspetto differiscano i due casi, sanno bene i nostri giuristi [1]. È quindi verosimile un' alterazione del testo; *nam et* è notoriamente un segno (soprattutto là dove il *nam* non ha verun senso preciso) d' interpolazione. Ben potrebbe il testo genuino aver detto: « contra eum, qui debilitatum ab herede servum ⟨mancipio⟩ acceperit, non posse ex testamento agere ». Nell' ipotesi poi che la decisione sia nella sostanza genuina, si potrebbe pensare che qui pure si tratti di un *legatum sinendi modo*. Ma la prima alternativa è assai più plausibile, soprattutto ove si consideri che il frammento nei paragrafi contermini tratta di *legata per damnationem*.

7. L' antico trattamento dell' *actio ex testamento* avente *intentio certa* spiega la dottrina erronea, formatasi probabilmente nella scuola beritese, che il *legatum rei certae* si potesse esperire con una *condictio*, nel modo stesso che il *legatum certae pecuniae (per damnationem)* si sarebbe potuto esperire con l' *actio certae creditae pecuniae*. Tale opinione sta a base anche dell' interpolazione in D. 12, 1, 9, 1: interpolazione, che già per altri motivi è stata riconosciuta [2].

---

(1) Arg. D. 46, 3, 72, 5.

(2) Cfr. specialmente PERNICE, *Parerga*, IV, p. 7 sg. [= *Zeitschr. der Sav.-St.*, 13, 1892, p. 252 sg.].

Ricerche sul "legatum sinendi modo" (*).

In questa prima serie di ricerche io non intendo di riassumere gli studi circa l'origine del legato *sinendi modo* (1): sostanzialmente, io continuo a ritenere che esso sia una figura di transizione, intermedia fra il legato *per vindicationem* e quello *per damnationem*. Piuttosto intendo ora di studiare quale fosse la dottrina relativa al legato *sinendi modo*, ed alle sue applicazioni nel diritto classico, facendo tesoro di alcuni testi delle Pandette che, pur essendo stati alterati dai compilatori, serbano ancora chiara impronta del loro originario riferimento a questo legato. Le presenti indagini quindi continuano e completano quelle che qui ho già avuto l'onore di comunicare (2). I risultati sono abbastanza importanti: essi ci danno la chiave per intendere esattamente parecchi frammenti, liberando la dottrina classica da molte pretese incongruenze, e meglio ci fanno penetrare nello spirito del diritto giustinianeo.

I.

Forma ed oggetto del legato *sinendi modo*.

1. Gaio (2, 209) dà del legato *sinendi modo* la nota formola: « heres meus damnas esto sinere Lucium Titium hominem Stichum sumere sibique habere ». Analogamente Ulpiano

(*) [In *Rendic. dell' Ist. Lomb.*, serie II, vol. 33, 1900, pp. 1213-1229].

(1) Vedi in *Bullett. dell' Ist. di dir. rom.*, I, 1888, p. 111 sgg. [= *supra*, p. 193 sgg.]; *Legati e fedecomm.*, p. 14 sgg. Cfr. VOIGT, *Röm. Rechtsgesch.*, I, p. 517 sg.

(2) *Sulla responsabilità dell' erede nel legato per damnationem di una res certa*, in *Rendic. Ist. Lomb.*, serie II, vol. 33, 1900, pp. 697-705. [È lo scritto che precede in questo volume].

offre il tipo: « heres meus damnas esto sinere Lucium Titium sumere illam rem sibique habere ». L' indice greco delle istituzioni giustinianee (1) omette il *sibique habere*, traducendo: καταδικάζω σε ὦ κληρονόμε συγχωρῆσαι τῷδε λαβεῖν τόδε τὸ πρᾶγμα.

Questa formola è sicuramente la più antica e si applica al legato *sinendi modo*, che mira a far avere al legatario una cosa: dovette però modificarsi secondo le varie applicazioni che del legato stesso si vennero man mano permettendo. Delle principali modificazioni vedremo studiando le applicazioni accennate (2).

2. Anzitutto *sinendi modo* « non solum suam rem testator utiliter legare potest, sed etiam heredis sui » (Gai. 2, 210: cfr. Ulp. 24, 10). Qualunque *res corporalis* può formare oggetto di questo legato, tanto se infungibile quanto se fungibile; ed è davvero una singolare pretesa quella del Salkowski (3), che in questa forma non si potesse legare una somma di denaro.

In questo stesso studio avremo occasione di arrecare prove esegetiche del contrario: fin d' ora si osservi non esservi alcuna ragione di ritenere impossibile qui quanto era possibile per il legato *per vindicationem* e per quello *per praeceptionem*. Anzi, nulla ripugna che la regola ammessa per questo ultimo (Paul. 3, 6, 1), secondo la quale è valida l' ordinata *praeceptio* di *nummi* che pur non si trovino nel patrimonio, ma si possano procurare con la distrazione di enti patrimoniali, avesse esplicazione anche rispetto al nostro legato (vedi D. 31, 12 pr.) (4).

---

(1) Paraphr. 2, 20, 2 (ed. Ferrini, I, p. 207).

(2) Le formole *sine* o *sinite* sono certamente da ammettere (cfr. anche le *Notae* di Valerio Probo, § 4). Non riesco però a cavare nessuna probabile illazione dalla notizia certo alterata del codice di Einsiedeln, 326; mi basti avvertire che non posso seguire i tentativi di trascrizione del Huschke, *Jur. Anteiust.*4, p. 141 sg. [Vedi *Legati e fedecommessi*, p. 16 n. 1]. In quanto alla formola data nell' *Epitome Gai* (2, 5, 6), parmi si possa qui trascurare: essa non è che una barbara riproduzione, in termini volgari, di quella genuina.

(3) Glueck's *Ausf. Erläut. d. Pand.*, Fortsetz., XLIX Th., § 1526 f, p. 350 sgg.

(4) Per lo stesso legato *per vindicationem* vedi D. 50, 16, 88 (Lenel, *Paling.*, I, Cels. n. 145, col. 150 n. 1).

Del resto, non è necessario che la cosa sia già in proprietà del testatore o dell'erede al momento in cui vien fatto il testamento: infatti qui non si ordina un immediato trapasso di proprietà (che presuppone l'esistenza del diritto nel disponente), ma si fonda un obbligo inteso a procurare questo trapasso. Basta quindi che « mortis testatoris tempore res vel ipsius testatoris sit vel heredis, etiamsi testamenti faciendi tempore neutrius fuerit ». Si è anzi agitata la questione, se non bastasse che la cosa « post mortem testatoris heredis esse coeperit ». In tal caso era possibile all'erede di « sinere eum rem sumere ». I più furono di contrario avviso (Gai. 2, 212), sia per le difficoltà teoriche di una simile pendenza, sia per i pratici inconvenienti; ad ogni modo, la disputa perdette quasi ogni rilevanza dopo che anche a queste ipotesi fu estesa la sanatoria del senatoconsulto Neroniano.

A queste notizie, che ci sono pôrte da Gaio, possiamo aggiungere qualche utile complemento con l'aiuto di passi del Digesto, che si possono dimostrare relativi in origine al nostro tipo di legato. La disputa da lui accennata circa il caso che « res post mortem testatoris heredis esse coeperit » non dovette estendersi ai casi in cui il legato comprendeva prodotti futuri delle cose del testatore o dell'erede [1]. In D. 30, 39, 4 si fa il caso di chi « alicui legaverit licere lapidem caedere » [2], ossia di un legato così concepito: « heres damnas esto sinere Lucium Titium lapidem ex fundo Corneliano caedere sibique habere ». Non vi ha dubbio che siamo nel campo ordinario di applicazione del legato, appartenendo la cava al patrimonio ereditario, sebbene per sè i *lapides* comincino ad avere esistenza autonoma e a formare oggetto di dominio indipendente solo al momento del distacco.

Parimenti era lecito legare in tal forma la cosa dovuta al testatore, sebbene a lui non ancora pervenuta *ante mortem*. D. 30, 39, 3 dice: « Idem Iulianus scribit, si fundum testator quem ab alio emerat mihi legavit ⟨sinendi modo⟩, heredem

---

[1] D. 30, 39 pr.-§ 5 si riferisce (come avremo occasione di rilevare più innanzi [p. 229 sgg.]) alla nostra figura di legato.

[2] *Legare licere* è frase che non pare da attribuirsi ad Ulpiano: è molto verosimile che i compilatori abbiano abbreviato in tal guisa la formola completa.

cogendum mihi actionem ex empto praestare, scilicet si nondum res tradita fuerit vel defuncto vel heredi ». Che si tratti di questa figura di legato, non può essere dubbio: giacchè (come vedremo nel paragrafo seguente), se si trattasse di legato *per damnationem* (l'unico altro tipo cui a priori si potrebbe pensare), l'erede sarebbe tenuto a dare la cosa o la sua estimazione e non si libererebbe con una mera cessione dell'azione. Qui il legato *sinendi modo* è dunque riconosciuto valido, e il modo con cui si esplica prova che non occorre invocare la sanatoria del senatoconsulto [1]. Pare anche che non si trovasse difficoltà ad applicare questo legato ai frutti futuri che si sarebbero percepiti in forza di locazione dal testatore stesso conchiusa (arg. D. 32, 30, 1).

3. Bastava, del resto, che la cosa fosse almeno *testatoris mortis tempore* nel patrimonio del testatore o dell'erede. Questa norma non contrastava con la regola catoniana; infatti qui all'erede è imposto un contegno che non si esaurisce in un atto determinato: il *sinere*, tanto inteso nel significato di *pati* quanto in quello attivo di « agevolare e procurare », costituisce sempre una prestazione complessa e relativa: s'intende cioè « se e in quanto occorra ». Tanto è vero che taluni giuristi non trovavano ostacolo alla convalidazione del legato se la cosa fosse *post mortem* pervenuta all'erede. Non vi ha quindi un punto cronologico, in cui determinare la possibilità della prestazione.

Questa osservazione può servirci per chiarire un altro problema. Chiaro è che il legato *sinendi modo* deve essere inutile, se la cosa è già in proprietà del legatario. Ma un dubbio può nascere, se la cosa che *testamenti faciendi tempore* era del legatario fosse prima della morte del testatore pervenuta a costui o all'erede. Nel legato *per damnationem* (come è noto) non basta per convalidare il legato che la cosa sia *ante mortem* uscita dal patrimonio del legatario. Ma qui si

---

(1) In sostanza, si tratta di ciò: nè nel patrimonio del testatore nè in quello dell'erede vi è la cosa; vi è però nel primo il credito diretto a ottenerla. Dopo l'estensione alle *res incorporales* (vedi n. 4), si ammette che il legato valga per la cessione del credito stesso. Sulla validità del legato di cosa che il testatore aveva stipulato vedi più innanzi [p. 235].

tratta di una obbligazione di *rem dare*, la cui origine si riduce per la regola catoniana al tempo in cui vien fatto il testamento: ad una obbligazione diretta a *rem dare* ripugna la cosa che già si trova in proprietà del destinatario, chè non può reggere un rimedio giuridico creato per ottenere un effetto già esistente; una mutazione ulteriore di circostanze non serve, perchè l' obbligazione era nulla *ab initio* e quella cosa era oggetto inidoneo di fronte ad essa. Lo stesso può dirsi senz'altro del legato *sinendi modo*? Giuliano stima valido un legato *sinendi modo*, quando il testatore abbia legato al venditore la cosa comperata, ma non ancora consegnata e quindi tuttora in proprietà del venditore medesimo. Il passo è alquanto alterato, ma tuttavia riconoscibile.

D. 30, 39, 2 (Ulp. 21 *ad Sab.*): « Si Titius a me rem emisset et eandem mihi legasset antequam ei traderem, mox ei tradidero et pretium recepero, videtur quidem is prima facie rem mihi meam legasse et ideo legatum non consistere. [sed ex empto actione liberatus utique per legatum rem vindicare potero quam tradidi.] sed si nondum erat solutum mihi pretium, Iulianus scribit ex vendito quidem me acturum ut pretium exsequar, ex testamento vero ut rem quam vendidi et tradidi recipiam. idem subiungit, si pretium quidem mihi erat solutum, rem autem nondum tradideram, ex testamento me agentem liberationem consequi ».

I compilatori hanno introdotto la menzione della revindica, che certo sarebbe stata competente per il loro diritto, alterando, come anche la forma dimostra, il passo originario. Giuliano doveva dire che qui il legato *sinendi modo* era tuttavia esperibile e che il legatario poteva riavere la cosa venduta. Che di tale forma di legato si trattasse, prova non solo la sostanza della decisione, che è incompatibile con il rigoroso trattamento di una *obligatio dandi rem certam* (di cui pur nel diritto classico e pur in materia di legati son troppe le prove), ma anche e più quanto segue. Infatti l' azione del legatario ha, secondo le ipotesi, vario atteggiamento, e può anche essere rivolta a ottenere la liberazione dall' obbligazione di compravendita: ciò significa che si tratta dell' *actio incerti ex testamento*, non dell' azione certa che sola può nascere da un legato *per damnationem* ad una *res certa* rivolto.

La decisione di Giuliano ha dunque valore generale per il diritto giustinianeo, ma non l'aveva, come a torto s'insegna ([1]), per il diritto classico. Diversa infatti è l'altra decisione del giurista medesimo (D. 30, 82, 1), per cui è valido un legato *per damnationem* (« ex testamento petam *eam* ⟨scil. *rem*⟩ *mihi dari oportere* ») di cosa appartenente ad un assente *reipublicae causa*, che il legatario ha usucapito *testamenti tempore*, ma che prima della morte del testatore gli viene ritolta con la nota azione rescissoria. Poichè qui si agisce appunto con la finzione che la usucapione non abbia avuto luogo, e si nega la consistenza di quel dominio, che si riduce pertanto a una mera parvenza.

Si può forse domandare se la celebre decisione di Celso in D. 34, 7, 1, 2 non abbia rapporto col nostro tipo di legato. In tal caso dovremmo supporre che originariamente il passo avesse ad un dipresso questa forma:

« Item si tibi ⟨sinendi modo⟩ legatus est fundus, qui scribendi testamenti tempore tuus est, ' si eum vivo testatore ⟨ei heredive eius⟩ alienaveris ', legatum tibi debetur: quod non deberetur, si testator statim decessisset ».

Il passo verrebbe così ad acquistare un ottimo senso, e sarebbe sanato con integrazioni e correzioni meno inverosimili di quelle ordinariamente proposte. Che i compilatori abbiano radiato le parole incluse fra parentesi, è conforme al loro ufficio; è poi probabile che essi abbiano voluto elevare a regola per il diritto nuovo la sentenza così alterata e generalizzata ([2]).

4. La formola del legato (*damnas esto sinere*), che si riferiva, come abbiamo veduto, ad un contegno dell'erede, si prestava naturalmente per eccedere la sfera originaria del *legatum rei* ed obbligare l'onerato ad un *facere*. Antico è l'esempio che troviamo in un frammento di Labeone (D. 32, 30, 1, lib. 2 *poster. a Iav. epitom.*). Taluno, che aveva in affitto per un quinquennio dei giardini appartenenti ad un municipio,

---

([1]) Vedi anche *Legati e fedecomm.*, p. 301 sg.

([2]) [Su D. 34, 7, 1, 2 vedi anche FERRINI, *Legati e fedecommessi*, pp. 299-301 e p. 556 sg.; e in GLUECK, *Comment. alle Pandette*, lib. XXX-XXXII, parte I, trad. C. FERRINI, p. 153 contron. *a*].

ne aveva legati ad Aufidio i frutti futuri « et heredem – – – damnaverat – – – sinereque uti eum (*sc.* Aufidio) et frui ». L' erede è quindi obbligato ad un *facere*, ossia a permettere che il legatario coltivi i giardini e ne percepisca i frutti, restando egli tuttavia tenuto *ex conducto* verso il locatore.

Trattandosi di predii appartenenti al testatore o all' erede, l' ingiunzione di *sinere uti frui* si riduce sostanzialmente all' obbligo di costituire un vero e proprio usufrutto [1]. Si confrontino i passi seguenti: D. 33, 1, 2: « in annos singulos heres damnatus sinere me frui fundo »; D. 33, 2, 14: « duos separatim uti frui sinere damnatus heres »; D. eod. 15 pr.: « damnas esto heres Titium sinere in illa domo habitare quoad vivet ». Nell' ultimo esempio abbiamo un legato di abitazione.

Paolo c' informa (*Sent.* 3, 6, 11) che « sinendi modo tam corporales res, quam quae in iure consistunt legari possunt: et ideo debitori id quod debet recte legatur ». Dopo le osservazioni che abbiamo avuto occasione di fare in merito a questo legato, non vi è ragione di dubitare della esattezza della notizia [2]. Non solo possiamo immaginare formole del tipo « damnas esto sinere L. Titium ire per fundum Cornelianum », ma anche del tipo « damnas esto sinere L. Titium id quod C. Seius mihi debet sumere sibique habere » ovvero « damnas esto heres L. Titium sinere quidquid mihi debet sibi habere ». Quest' ultima formola è anzi esplicitamente documentata in D. 34, 3, 16: il locatore di un fondo (il cui affitto si estende per un quinquennio) lega a favore del suo colono così: « quidquid eum mihi dare facere oportet oportebitve ut sineret heres sibi habere » [3]. L' erede è obbligato a non domandare nulla al debitore ed a rendergli quanto avesse ritenuto. A mio avviso, si riferisce ad un legato *sinendi modo* anche D. 19, 2, 24, 5, dove le parole « damnavit heredem ut conductorem liberaret » sono verosimilmente una abbreviata relazione dei compilatori, che non hanno ritenuto opportuno di riportare la formola per disteso.

---

(1) Vedi più innanzi, § 5.

(2) Cfr. *Legati e fedecommessi*, p. 4. Ma vedi RICCOBONO, *Bull. dell' Ist. di dir. rom.*, 6, 1893, p. 132 sgg.

(3) In D. 34, 3, 18 si accenna ad analoga disposizione (*eo modo*) a favore dell' inquilino di un appartamento.

II.

Effetti del legato *sinendi modo.*

5. Il legato *sinendi modo,* quando disponga l' assegnazione di una cosa al legatario, non ha effetto reale: « sicut per damnationem legata res non statim post aditam hereditatem legatarii efficitur, sed manet heredis eousque, donec is tradendo vel mancipando vel in iure cedendo legatarii eam fecerit, ita et in sinendi modo legato iuris est: et ideo huius quoque legati nomine in personam actio est » (Gai. 2, 213). Da ciò deriva parimenti che non ha luogo diritto di accrescimento fra più collegatari, come ci attesta ad esuberanza Vat. frg. 85.

Taluni giureconsulti (come dichiara lo stesso Gai. 2, 214) non ritenevano obbligato l' erede ad un atto formale di traslazione del dominio: « sunt tamen qui putant ex hoc legato non videri obligatum heredem, ut mancipet aut in iure cedat aut tradat, sed sufficere ut legatarium rem sumere patiatur, *quia nihil ultra ei testator imperavit, quam ut sinat id est patiatur legatarium rem sibi habere* ». Quindi, secondo questi giureconsulti, sarebbe bastato che l'erede avesse lasciato occupare il fondo, avesse « prestato pazienza » di fronte al legatario che vi passasse o s' immettesse nel godimento di esso (se si fosse trattato di *sinere ire* o di *sin. uti frui*). Tale opinione ai tempi di Gaio era sostenuta dalla minoranza dei giureconsulti (*sunt qui putant*), non parendo ai più completamente attuato il *sinere* se non con la trasmissione del diritto, in quanto fosse possibile; ma è credibile che essa anticamente fosse la più accreditata.

Con questa controversia sta in relazione l' altra (Gai. 2, 215) circa gli effetti di un legato *sinendi modo* della medesima cosa fatto *separatim* a più legatari. I giureconsulti per i quali il *sinere* implicava l' obbligo di trasferire il dominio sostenevano che il trattamento del legato *sinendi modo* non differisse su questo punto da quello del legato *per damnationem:* a loro avviso, l' erede era quindi tenuto a dare il *solidum* a tutti, e cioè ad uno la cosa e agli altri la *aestimatio* di essa. Logicamente i fautori della dottrina più larga

dovevano sostenere che fosse *melior condicio occupantis.* L'erede aveva fatto tutto, quando aveva messo la cosa a disposizione dei legatari: se uno l'occupava esclusivamente, faceva atto a cui il titolo lo abilitava; agli altri nulla restava da poter chiedere, poichè l'erede non aveva più la disponibilità della cosa e di ciò non si poteva muovergli rimprovero. Parimenti (sebbene Gaio non lo dica) non può dubitarsi che, secondo la loro dottrina, l'erede a nulla era tenuto se, avendo messo a disposizione dei legatari la cosa, questa fosse stata occupata insieme da tutti con reciproca limitazione. Quest' ultimo punto è poi chiarito in una notevole decisione di Celso, che ci è conservata in

D. 33, 2, 14 (Cels., 18 *digest.*): « *Duos separatim uti frui sinere damnatus* heres communiter uti frui passus est: quaerebatur an utrique ex testamento teneretur. dixi teneri [si testator utrumque solidum habere voluit] [1]: nam ipsius onus est ut solidum singulis legatum praestaret. qua parte igitur alterum uti frui sineret heres, ea parte eum non sinere alterum uti frui: ideoque per aestimationem unicuique quod deest replere debet ».

È notevole come qui si ripeta il quesito, come Celso segua l'opinione prevalente (se anche non vuolsi ritenere che Celso contribuisse con l'autorità sua a renderla tale) e come egli argomenti dal significato della voce *sinere* ampiamente inteso. In quanto l'erede permette ad uno dei legatari di fruire, non permette all'altro, e quindi è tenuto a risponderne. Ciò vuol dire che *sinere* implica nell'opinione del giureconsulto la piena esplicazione dell'attività intesa a raggiungere i fini dal testatore indicati.

6. Del resto, dal confronto di Gai. 2, 214 con 2, 215 appare che non tutti coloro che nella prima questione sostenevano l'opinione più favorevole all'erede lo facessero anche rispetto alla seconda, e viceversa. Infatti, fra le due serie di

---

[1] Emblema manifesto: vedi anche LENEL, *Paling.*, I, Cels. 145 (col. 153 n. 10).

opinioni vi ha un rapporto logico, ma non una necessaria conseguenza. Anche colui che non riputava tenuto l' erede ad un atto formale di traslazione del diritto poteva ritenerlo obbligato a dirimere la concorrenza di un legatario a detrimento dell' altro. Tutto si riduce all' apprezzamento della quantità di energia compresa nel *sinere*; giacchè rispetto alla qualità di essa non vi era disaccordo. Voglio dire che tutti erano convinti che l' erede condannato a *sinere* non fosse semplicemente tenuto ad un contegno passivo ed inerte, ma fosse altresì obbligato a mettere in opera la sua attività per rimuovere gli ostacoli che si opponevano a che il legatario apprendesse la cosa o fruisse del vantaggio che il testatore gli aveva destinato. In ciò anzi l' obbligo di *sinere* aveva una comprensione più ampia dell' obbligo di *dare*: giacchè questo non riguardava che la traslazione del diritto e non comprendeva quell' attività diretta ad agevolare positivamente l' esecuzione del legato. Tale interpretazione di *sinere* nei negozi giuridici è molto antica. Nella *lex locationis* « neve quem cingere caedere urere sinito » Alfeno (o Servio), dopo avere notato che il verbo *sinere* non ha solo il senso di « permettere, tollerare », ma anche quello di « procurare », decide doversi intendere il patto nel senso « ut redemptor non solum si quem casu vidisset silvam caedere prohiberet, sed *uti curaret et daret operam ne quis caederet* » (D. 19, 2, 29) (1).

Tale ampia comprensione del legato trova la sua opportuna esplicazione nell' azione incerta *ex testamento* (« quidquid N^{um} N^{um} A^{o} A^{o} ex testamento dare facere oportet »), che ha sempre luogo, anche quando il legato si riferisca ad una *summa certa* o ad una *res certa*. Da questi principii discendono varie conseguenze importanti.

7. *A)* In caso di mora l' erede, quando sia lasciata una somma od una cosa fruttifera, deve gl' interessi o i frutti. Egli è venuto meno al suo dovere di *sinere* e deve compensare *quidquid eum facere oportet*. Questo punto è stato sostenuto da Salvio Giuliano e quindi ha incontrato approvazione comune.

---

(1) [Vedi anche *supra*, p. 213].

Gai. 2, 280 così si esprime:

« Item fideicommissorum usurae et fructus debentur, si modo moram solutioni[s] fecerit qui fideicommissum debebit: legatorum vero usurae non debentur, idque rescripto divi Hadriani significatur. scio tamen Iuliano placuisse in eo legato, quod sinendi modo relinquitur, idem iuris esse quod in fideicommissis: quam sententiam et his temporibus magis optinere video ».

Ulpiano in D. 30, 39, 1 (come già si è detto [1] questo testo si riferisce alla nostra figura di legato) conferma pienamente le cose dette, aggiungendo anche importanti schiarimenti:

« Fructus autem hi deducuntur in petitionem, non quos heres percepit, *sed quos legatarius percipere potuit*: et id in operis servorum et vecturis iumentorum vel naulis navium dicendum. quod in fructibus dicitur, hoc et in pensionibus urbanorum aedificiorum intellegendum erit. in usurarum autem quantitate mos regionis erit sequendus: iudex igitur usurarum modum aestimabit et statuet. ipsius quoque rei interitum post moram debet, sicut in stipulatione, si post moram res interierit, aestimatio eius praestatur. item partus ancillarum et, si servus fuerit legatus, et hereditas vel legatum vel quid per eum adquisitum sit heres praestare debet ».

Un altro testo, che non con altrettanta certezza, ma tuttavia con verosimiglianza può riferirsi al presente tema è

D. 22, 1, 39 (Modest. 9 *differ.*): « Equis per fideicommissum legatis, post moram heredis fetus quoque debentur: equitio autem legato, etiamsi mora non intercedat, incremento gregis fetus accedunt ».

È molto probabile che Modestino non dicesse *per fideicommissum legatis*, usando una espressione contraria all'uso costante che dice *per fideicommissum relinquere*. Io credo che egli scrivesse: « equis per fideicommissum ⟨relictis vel sinendi modo⟩ legatis, etc. ». Così si comprende perchè poi con espressione comprensiva scriva *equitio legato*.

---

[1] [Vedi *supra*, p. 212].

8 [1]. L' opinione comune, che ha un seguace anche nel Salkowski [2], è d' avviso che l' obbligo di prestare i frutti e gli interessi di mora si estendesse già nel periodo classico anche al legato *per damnationem*, arrecando così un grave strappo al rigoroso trattamento di una obbligazione diretta a *speciem dare* e a quello di una *intentio certa*. È però da meravigliare che tale dottrina continui a sostenersi. Già un argomento contrario si può desumere dai numerosi testi, appartenenti anche agli ultimi giuristi classici, che per gli esempi su tali conseguenze della mora in atti di ultima volontà ricorrono al fedecommesso, mentre sarebbe così ovvio nominare i legati [3]. Il linguaggio di Gaio, che assevera non essere stata ancora ai suoi tempi accolta da tutti l' opinione di Giuliano ristretta al legato *sinendi modo* e che adduce un rescritto di Adriano escludente tali conseguenze in tema di legato *per damnationem*, non è certo tale da favorire quella dottrina. Male s' invoca il citato D. 30, 39, 1, che si occupa precisamente del legato *sinendi modo*, come è tanto facile arguire e come si riprova anche con l' esame dei paragrafi contermini, i quali tutti implicano maggiori o minori deviazioni dal trattamento del legato *per damnationem*. Degli altri argomenti vediamo brevemente.

Nulla prova D. 22, 1, 34 di Ulpiano, che dice: « Usurae vicem fructuum optinent et merito non debent a fructibus separari: et ita in legatis et fideicommissis et in tutelae actione et in ceteris iudiciis bonae fidei servatur ». Ancorchè non si voglia ricorrere alla spontanea integrazione *legatis ⟨quae sinendi modo relinquuntur⟩*, il testo non serve a favore della pretesa estensione; giacchè dice solo che, dove son dovuti i frutti delle cose fruttifere, son dovute le usure dei capitali, come ha luogo nei casi accennati. Quando però sieno dovuti frutti e usure pei legati, il giurista non dice, nè era suo compito dire. Lo stesso dicasi di D. 36, 3, 1, 13, pure di Ul-

---

[1] [Per questo paragrafo cfr. la contronota *d* in Glueck, *Comment. alle Pandette*, lib. XXX-XXXII, parte II, trad. it. di C. Ferrini, p. 356].

[2] Glueck's *Ausf. Erläut. d. Pandecten* Forts., XLIX Th., Erlangen, 1889, § 1526 *h*, p. 432 sgg.

[3] L' *Epitome Gai*, 2, 7, 8 contrappone recisamente in proposito il fedecommesso al *legatum per damnationem*.

piano, ove vi parla della *sadisdatio legatorum* e si dice: « Bellissime quaeritur, an haec stipulatio incrementum ex fructibus vel usuris sentiat. et recte placuit ex mora incrementum habituram stipulationem, ⟨ut⟩ id quod oportebit comprehendat ». Qui si allude a veri legati, non a fedecommessi: chè altrimenti sarebbe fuor di luogo l' *oportebit*. È da ritenere che, applicata ai fedecommessi, la cauzione avesse altra espressione in luogo del '*quidquid — oportet oportebit*'. Ma anche qui si cerca invano un documento, che provi essere stato generalizzato il trattamento del legato *sinendi modo*. Il giurista dice solo: dato che l' obbligazione *ex legato* abbia avuto incremento pei frutti e per gli interessi di mora (quando, come, il testo non dice), saranno questi compresi nella *stipulatio*? E risponde affermativamente, fondandosi sopra l' ampia espressione della cauzione, che ha riguardo anche alle prestazioni, di cui l' obbligo sorge soltanto dopo la sua conclusione. La fine poi di D. 33, 2, 24 pr.: « aut, quod propter moram usuras quoque reddi placuit, super his non cavebitur », è manifestamente interpolata, come sono interpolate (1) le parole *nisi mora intercesserit heredis* di D. 30, 23. Unico appoggio alla comune opinione rimane dunque il testo delle Sentenze di Paolo (3, 8, 4): « Ex mora praestandorum fideicommissorum vel legatorum fructus et usurae peti possunt »; ma è debole appoggio, essendo troppo facile che sieno state aggiunte le parole *vel legatorum* ovvero che sia stata detratta la menzione specifica del tipo dei legati, come il Huschke (2) aveva congetturato.

9. *B)* L' erede è obbligato a *dare operam* perchè sia agevolata al legatario l' apprensione della cosa o il godimento di quel vantaggio che il testatore gli ha destinato (3). In proposito è istruttivo D. 30, 39 pr. (Ulp. 21 *ad Sab.*):

« Cum servus legatus in fuga esset vel longinquo absens exigatur, *operam praestare heres debet*, ut eam rem requirat et

(1) Vedi già *Legati e fedecommessi*, p. 5.

(2) *Iurispr. anteiust.*4, *ad h. l.*

(3) Vedansi maggiori ragguagli nella mia nota: *Osservazioni sulla responsabilità dell'erede nel legato per damnationem di una res certa* in *Rendic. dell' Istit. Lomb.*, 33, 1900, p. 701 sg. [= *supra*, p. 211 sg.].

praestet, et ita Iulianus scribit. nam et sumptum an in hanc rem facere heres deberet, Africanus libro vicensimo epistularum apud Iulianum quaerit putatque sumptum praestandum: quod et ego arbitror sequendum ».

Le prime parole, come altrove [1] ho già avuto occasione di notare, sono alquanto alterate (a *servus* corrisponde *eam rem*, etc.): la sostanza della decisione deve però essere genuina, poichè vi si connette logicamente la questione delle spese. È chiaro che i compilatori hanno radiato la menzione speciale di un vecchio tipo di legato. Che questo dovesse essere il legato *sinendi modo*, appena è possibile dubitare per chi osservi tutti i nessi fra le varie parti di questo testo. Il *sinere* qui è inteso come includente il *praestare operam*, precisamente come già Alfeno trovava nella stessa parola compreso il *dare operam*. La decisione è affatto particolare al nostro tipo (salva la probabile intenzione dei compilatori di trarne un insegnamento generale): infatti il legato *per damnationem* importa solo l' obbligo di *dare*, non quello di cercare, di spendere per riportare, etc.; D. 30, 47, 2 sqq. dà in proposito i migliori ragguagli. L' erede *damnatus Stichum dare*, se il servo è fuggitivo senza sua colpa, ove sia convenuto, può con una eccezione respingere la domanda del legatario, dando però cauzione « ut si fuerit adprehensus aut ipse aut aestimatio praestetur ». Come si vede, questa cauzione, che ha il precipuo intento di rimediare per il legatario ai danni della consunzione processuale, non implica veruna obbligazione di *requirere* la cosa: essa assicura solo il legatario che se la cosa verrà ritrovata e recuperata gli sarà anche trasmessa. Analogamente insegna Pomponio (D. 30, 26, 1) che, « si certum corpus heres dare damnatus sit, *nec fecerit quominus ibi ubi id esset traderet* – – – deterior fit legatarii condicio ». Anzi, Modestino arriva a dire che « species nominatim legatae, si non repperiantur nec dolo heredis deesse probentur, peti ex eodem testamento non possunt » (D. 31, 32, 5). Il giurista parla di *petere speciem ex testamento*, e quindi di cosa legata *per damnationem*. Egli vuol dire che risulta inutile l' esperimento dell' azione, la quale può tutt' al

---

[1] Loc. cit. nella nota precedente.

più condurre al cambio di un' *actio ex stipulatu* in luogo di quella *ex testamento* che si consumi.

Con tutti questi insegnamenti, e specialmente con il contenuto della cauzione ampiamente illustrata in D. 30, 47 (1), non è in correlazione quanto si legge in D. 30, 69, 5 di Gaio (lib. 2 *de leg. ad ed. pr.*). Ivi si fa appunto l' ipotesi della cosa legata che non si trova, e di cui anzi si dubita se sia *in rerum natura* (ad es., è incerto se viva il servo legato e fuggitivo): « placuit agi quidem ex testamento posse, sed officio iudicis contineri, ut cautio interponeretur, qua heres caveret eam rem persecuturum et, si nactus sit, legatario restituturum ». Che il testo abbia subìto alterazioni, si ricava anche dalla forma. Rimane tuttavia da discutere se il giurista facesse l' ipotesi di un *legatum sinendi modo*, a cui quella cauzione si adatterebbe egregiamente, o se questa appunto manipolassero i compilatori secondo il trattamento che essi volevano imporre alla figura unificata del legato. In tal caso Gaio avrebbe solo indicato dover l' erede garantire « se eam rem si nactus fuerit restituturum ». La seconda alternativa mi pare preferibile, poichè è appunto nelle parole indicanti il contenuto della *cautio* che si rivela l' avvenuta alterazione.

Il testo di Paolo lib. 9 *ad Plaut.* (D. 31, 8 pr.) è così profondamente alterato, che non è lecito ricavarne alcuna illazione. Esso fa l' impressione di uno sforzo dei compilatori per trarre dalle diverse decisioni degli antichi relative ai diversi tipi di legato una regola unica per il diritto nuovo. Strano è che abbiano conservato le parole con cui il giurista accenna di voler parlare solo del *servus heredis* e del *servus alienus*. La *cautio*, se il servo è fuggitivo, è *de reducendo eo*: le spese toccano al legatario se il servo era già fuggito *ante mortem testatoris*, altrimenti all' erede.

Il motivo è pur quello che l' erede deve dare la cosa come si trova al momento della morte del testatore; ma se nel frattempo il servo da un luogo si fosse recato ad un altro più lontano? Non è questa ipotesi affatto simile a quella che il *servus alienus* sia fuggito nel frattempo senza veruna colpa

(1) Vedasi su questo testo il mio citato lavoro *Osservaz. sulla responsabilità dell' erede nel legato per damnationem*, p. 699 sg. [= *supra*, p. 209 sg.].

dell' erede? Come poi si concilia questa regola stranissima con il principio che al legatario toccano le spese del trasporto delle cose, che anche dopo la morte del testatore furono trasferite altrove, che lo furono persino per opera dell' erede, purchè senza dolo di lui? ([1]).

10. *C)* L' erede è tenuto alla custodia delle cose: risponde cioè dei danni avvenuti per mancanza di diligenza da parte sua. Questa norma è ben diversa da quella valevole per il legato *per damnationem* di una *res certa*: qui l' erede, come il debitore per stipulazione, non risponde che della perdita della cosa derivante da fatto (positivo) proprio e colpevole: risponde perciò se non procura il *ius* o il *plenum ius* al legatario; dei deterioramenti di fatto non risponde ([2]). Tutto ciò però è in rapporto con il rigoroso carattere della obbligazione di *dare* e non può applicarsi ad una obbligazione di *sinere* intesa nel senso accennato, tanto più che l' *intentio incerta* dell' azione qui adoperata permetteva, come nel caso di mora, di tener conto di tutta questa responsabilità dell' erede. Qui non si chiedeva « si paret N^{um} N^{um} A^{o} A^{o} Stichum dare oportere », ma « *quidquid* N^{um} N^{um} A^{o} A^{o} ex testamento *dare facere oportet* ». Sebbene le fonti, che raramente accennano al nostro tipo, non diano esempi sicuri, l'analogia con la mora non permette dubbio: e tutto quanto diremo circa la positiva attività da esplicarsi dall' erede in questo tipo di legato viene a dare opportuna conferma. L' argomento addotto dai giuristi romani per giustificare il trattamento delle obbligazioni di *dare* è che « qui dari promisit, *ad dandum non ad faciendum tenetur* » (D. 45, 1, 91 pr.): ora, precisamente l' *intentio* dell' azione incerta *ex testamento* che si dà per il legato *sinendi modo* accenna al *facere oportet*. Si aggiunga pure quanto è attestato per il fedecommesso (D. 30, 108, 12).

([1]) " . . . si alibi (res) relicta est, alibi autem ab herede translata est dolo malo eius, nisi ibi praestetur ubi petitur, heres condemnabitur doli sui nomine: *ceterum si sine dolo, ibi praestabitur quo transtulit* " (D. 30, 47 pr.). In altre parole, l' erede pronto a far avere la cosa ove si trova può (se non è in dolo egli stesso) respingere con una eccezione di dolo la domanda.

([2]) Vedi nel cit. mio lavoro *Osservaz. sulla responsab.* etc. i num. 2, 3, 4 e 6. [= *supra*, p. 207 sgg.].

L' esplicazione di tale attività dell' erede si ha anche nell' obbligo a lui imposto di pagare somme arretrate, che altrimenti sarebbero a carico (per il carattere ambulatorio dell' obbligazione) del legatario di un immobile.

D. 30, 39, 5: « Heres cogitur legati praedii solvere vectigal praeteritum vel tributum vel solarium vel cloacarium vel pro aquae forma ».

Simile carico, che non *minuit ius fundi* nel senso rigoroso, non parmi si potesse addossare all'erede nel legato *per damnationem* del fondo medesimo: come si sarebbe ciò potuto domandare? L'*actio ex testamento superest* solo finchè sia tuttora possibile una prestazione che si configuri come *datio* della cosa o di parte di essa.

In quanto all' obbligo dell' erede di risarcire al legatario anche i deterioramenti della cosa dovuti a colpa sua, si può citare D. 7, 6, 2, che molto verosimilmente si riferiva al nostro tipo di legato [1].

11. *D)* La dottrina prevalente dei giuristi classici è quella che l' obbligo di *sinere* porti con sè (ove sia fattibile) quello di *dare*. Non può negarsi che così l' erede fa quanto sta in lui perchè si raggiunga lo scopo ordinato, e non può nemmeno negarsi che ciò corrisponda all' *intentio* della formula, che parla tanto di *dare* quanto di *facere*. Ad ogni modo, l' obbligo di *dare* non si ammette che dove l' erede abbia già in proprietà la cosa. Altrimenti basta che ceda quel diritto che ha — considerato come una *res incorporalis* oggetto del legato — o (se la cessione presenta difficoltà) che di fatto assicuri il godimento al legatario. Se il testatore lega *per damnationem* una cosa che ha comperato, ma che ancora non gli è stata mancipata o tràdita, l' erede è tenuto a procurarne l' acquisto per trasferire il dominio al legatario; se invece è lasciata una tal cosa *sinendi modo*, basta (come si è veduto) che l' erede *operam suam praestet*. Un vantaggio garantito puramente di fatto si ha nell' esempio dell' uso e godimento del fondo locato, che il testatore vuole assicurato *sinendi modo* a Tizio: se si

---

[1] Vedi *Osservaz. sulla responsab.* cit., num. 6 [= *supra*, p. 215].

trattasse di un legato *per damnationem* di *dare usumfructum*, l'erede sarebbe tenuto a procurare a Tizio il vero e proprio diritto di usufrutto. Il *sinere* insomma implica la concessione di un diritto che si ha, fino ad un certo punto anche la cooperazione perchè la concessione si attui, non l'acquisto di un diritto altrui per trasferirlo: ciò è chiaro anche per la stessa limitazione oggettiva del legato.

Sono quindi relative al legato *sinendi modo* talune decisioni che non si confanno al tipo del *legatum per damnationem*, come quella di Giuliano in D. 30, 75, 4 e in D. eod. 76 (1). Il testatore ha stipulato *Stico o diecimila sesterzii*, e lega Stico. La scelta spetta, come di regola, al debitore: « incerti actio legatario adversus heredem competit, ut scripsit Iulianus libro trigesimo tertio digestorum, per quam actionem compellat heredem experiri: et si Stichum consecutus fuerit, praestabit ei, si decem, nihil consequetur ». Il passo è alquanto alterato nella forma, evidentemente per la soppressione di quanto si riferiva alla menzione di tipi e norme tramontate; nella sostanza è tuttavia abbastanza chiaro. È legato Stico e il testatore sa che questo servo non gli appartiene: se si trattasse di un legato *per damnationem*, l'erede dovrebbe in ogni caso procurarne l'acquisto per trasmettere al legatario la proprietà; non potendo, dovrebbe pagarne l'estimazione. Invece qui troviamo data l'*actio incerti ex testamento*, che, posto un legato di *res certa*, è indice sicuro del tipo *sinendi modo*. L'erede non è tenuto a dare la cosa; basta che dia cauzione di agire contro il debitore e di fare avere Stico al legatario nel caso che il debitore questo scelga e questo paghi: « secundum quod erit in arbitrio debitoris, an sit legatarius is, cui Stichus legatus est ». Notisi bene che tale trattamento è pienamente conforme alla natura del nostro legato. Con esso non può essere lasciata che una cosa appartenente al testatore o all'erede; una cosa pervenuta a costui *post mortem testatoris* è validamente lasciata secondo alcuni:

(1) Si tenga presente che Giuliano tratta del *legatum per vindicationem* nel libro XXXII dei suoi *Digesta*: del *legatum per damnationem* nel libro XXXIII; del *legatum sinendi modo* sulla fine dello stesso libro XXXIII e in principio del XXXIV.

secondo l' opinione comune sol quando e in quanto esista un credito relativo già costituito prima.

Solo resta da chiedere perchè Giuliano non abbia deciso che il servo si dovesse in ogni caso al legatario, applicando la sanatoria del senatoconsulto Neroniano. Ma si può osservare che questa era da applicare quando il legato, nel modo in cui era stato ordinato dal testatore, non esercitava veruna efficacia secondo il suo tipo. Qui invece il legato secondo il proprio tipo è validamente ordinato, e può avere effetto; non è dunque il caso di riformarne il carattere, tanto più che il trattamento poteva nel caso concreto rispondere all' intenzione del testatore.

La decisione di D. 30, 76 è la seguente. Il testatore ha stipulato Stico o Panfilo, e — devesi intendere — a sua scelta. A Sempronio lega Stico, a Mevio Panfilo: « oneratus heres intellegitur, ut necesse habeat alteri actionem suam, alteri aestimationem Stichi aut Pamphili dare ». Che la decisione non sia conforme alle norme del legato *per damnationem* è evidente: l' erede qui dovrebbe procurare a ciascun legatario il servo lasciato a lui o, non potendo procurargliene il dominio, pagare l' estimazione. Qui invece l' erede si libera cedendo a uno dei due legatari l' azione, con cui chiegga il servo destinatogli: all'altro darà l'estimazione dell'altro servo. Qui l' obbligo di pagare tale estimazione è affatto simile a quello che abbiamo già incontrato [1] in Gai. 2, 215 e in D. 33, 2, 14: infatti la disposizione con cui il creditore di un' unica obbligazione alternativa lega separatamente a due diversi legatari gli oggetti dovutigli è affatto simile a quella per cui la stessa cosa viene *disiunctim* legata a due. L'erede in quanto *sinit* a uno di esperire l' azione non *sinit* all' altro, e per conseguenza, secondo il ragionamento di Celso, gli deve l' estimazione. Da ciò deriva che, se il testatore avesse esperito il suo credito prima di morire e ottenuto Stico, il solo Sempronio avrebbe il suo legato e quello di Mevio s' invaliderebbe: il testatore non ha lasciato Panfilo, nè questi appartiene all' erede, nè si trova nel patrimonio ereditario un credito ad esso relativo.

Non da confondere con la presente decisione è quella dello stesso Giuliano in D. 30, 82, 5, giacchè ivi si tratta di

---

[1] [Vedi *supra*, p. 224 sg.].

legato *per damnationem* e di *legatum nominis*: infatti il creditore, che ha due « reos eiusdem pecuniae », dispone: '*quod mihi Gaius debet* id heres meus Sempronio damnas esto dare: *quod mihi Lucius debet*, id heres meus Maevio damnas esto dare'. La decisione somiglia a quella che trovasi in D. 30, 76, ma le ragioni sono diverse: l'unico punto comune è che si provvede analogamente al caso in cui la stessa cosa sia lasciata *separatim* a due legatari.

12. Se il legato *sinendi modo* ha ufficio liberatorio (Paul. Sent. 3, 6, 11) (1), obbligo dell'erede è anzitutto quello di non molestare il debitore. Al *petere* fu assimilato anche il *retinere*.

D. 34, 3, 16 (Paul. 9 *ad Plautium*): « Ei, cui fundum in quinquennium locaveram, legavi 'quidquid eum mihi dare facere oportet oportebitve ut sineret heres sibi habere'. Nerva Atilicinus, si heres prohiberet eum frui, ex conducto, *si iure locationis quid retineret, ex testamento fore obbligatum aiunt, quia nihil interesset peteretur an retineret* ».

Ma, superate le controversie di cui è tuttavia cenno in Gaio, si arrivò qui pure a concedere al legatario azione per ottenere dall'erede un atto positivo di liberazione.

D. 34, 3, 18: « - - - et praeterea placuit agere posse colonum cum herede ex testamento, ut liberetur conductione » (2).

Data una formola di rimessione così ampia come quella che ci presenta D. 34, 3, 16, è chiaro che essa debba comprendere anche la liberazione dagli arretrati (*reliqua*), come appunto si accenna in D. 34, 3, 17 (3).

---

(1) Vedi anche la curiosa notizia nella glossa (alle istituzioni) del Cod. Wallraf n. 328, in *Arch. giur.*, 34, 1885, p. 114 n. 66: " sinendi modo cum *liberatio debiti* legabatur ".

(2) Queste parole sono fuor di luogo nel testo: sulla loro verosimile trasposizione vedi RICCOBONO, *Bullett. dell' Istit. di diritto romano*, 6, 1893, p. 134 sg., il quale le attribuisce (e parmi a ragione) a Paolo [: cfr. questi *Scritti*, II, p. 222].

(3) Cfr. LENEL, *Paling.*, I, Iavol. n. 175.

Contributi alla dottrina del prelegato (*).

I.

Una nuova dottrina è stata recentemente esposta da K. Bernstein (1) in tema di prelegato, e sostenuta con molto acume e molta dottrina. Secondo questo scrittore, i moderni (non senza colpa, a suo credere, della incerta terminologia delle fonti nostre) hanno confuso quello che oggidì suolsi chiamare « prelegato » in senso stretto e tecnico con altre figure ben differenti. Il legato « di precipuo » (*legatum per praeceptionem*), che di solito si adduce come tipo saliente del « prelegato » (inteso nel senso accennato), è invece, a parer suo, tutt' altra cosa. In questo legato una *res hereditaria* si considererebbe come separata, scissa dal patrimonio, e per conseguenza come sottratta alla divisione; l' erede onorato la riceverebbe a parte, come precipuo, e tutta quanta *iure legati*. Non si applicherebbe perciò il principio *heredi a semetipso inutiliter legatur* con tutte le sue conseguenze; non sopraggiungerebbe parziale nullità, etc. Più tardi, simili effetti, anzichè al tipo del legato *per praeceptionem*, si sarebbero annessi a qualsiasi evidente manifestazione

(*) [In *Bullett. dell' Istit. di dir. rom.*, 8, 1895, pp. 1-30; ripubblicato in GLUECK, *Comment. alle Pandette*, lib. XXX-XXXII, parte I, traduz. it. di C. FERRINI, Milano, 1898, come appendice al § 1521 *d*, pp. 917-934. Si richiama anche la trattazione della teoria del prelegato in *Legati e fedecommessi*, pp. 184-231 (della quale sono riprodotte varie parti in contronote al § 2521 *d* della trad. it. di GLUECK, *Comment.* cit.) e in *Pandette*, pp. 818-24].

(1) *Zur Lehre vom röm. Voraus*, in *Ztschr. der Sav.-St.*, 15, 1894, pp. 26-144. Fu questo l' ultimo scritto pubblicato dal professore berlinese, che morì quasi subito dopo.

di conforme volontà del testatore in altri tipi di legato o in figura di fedecommesso. Questo legato « di precipuo » sarebbe pur quello che a preferenza le fonti designano con il verbo *praelegare*, del quale il normale significato si opporrebbe proprio a quello che viene assunto come tecnico dai moderni.

Il Bernstein (1) comincia con l'esaminare quale sia il senso di *praecipere* e di *praecipuum* (« praecipere enim esse praecipuum sumere » : Gai. 2, 217). Nelle azioni divisorie si parla di *praecipere* per indicare che taluno, partecipe di una *communio*, prende per sè qualche cosa, attuando un diritto suo particolare, in contrapposto al diritto comune, al diritto che in forza della *communio* stessa gli compete. Nel diritto ereditario *praecipuum* ci appare anzitutto in contrapposto a *conferendum*; *non conferre* equivale a *praecipere*. Ora, non si conferisce quanto non si devolve nella massa ereditaria. Troviamo per conseguenza usato *praecipuum* per indicare ciò che il testatore vuole considerato come non appartenente all' eredità, ma come senz' altro spettante alla persona ch' egli intende beneficare. Il B. crede pertanto di potere conchiudere che *praecipere*, *praecipuum* indichino nel diritto ereditario che una data cosa viene assegnata ad una persona in modo particolare, separandola affatto dal complesso patrimoniale. Non è proprio necessario che si riferisca ad un coerede; benchè certamente fra i coeredi, i quali si dividono l' asse ereditario, il contrapposto sia più naturale ed evidente.

Con queste osservazioni ritiene il B. senz' altro chiarito il carattere del legato *per praeceptionem*, di cui si occupa a lungo (2), illustrando anzitutto la notissima controversia fra le due scuole. Un legato *per praeceptionem* a favore dell' istituito *ex asse* non è (dati i presupposti del B.) una figura impossibile e tanto meno assurda, benchè egli debba convenire che non ce ne rimangono esempi.

Circa l' oggetto del legato *per praeceptionem*, vi sarebbe pure stata una controversia di scuola; giacchè i soli proculiani avrebbero ammesso il suo valore diretto, quand' anche la cosa legata fosse stata solo *in bonis* del testatore al tempo della sua

(1) Loc. cit., pp. 27-39.
(2) Loc. cit., pp. 39-92.

morte. Anche crediti, anche interi complessi patrimoniali ne avrebbero potuto costituire oggetto. Si aggiungano le due note eccezioni delle *res creditori fiduciae causa mancipio datae* e dei *nummi non hereditarii.*

Alla formola tipica del legato *per praeceptionem*, e alle sue diverse combinazioni con quelle del legato *per vindicationem,* si vennero reputando equipollenti alcuni adattamenti di queste ultime; per es. « e medio sumito », « hoc amplius quam quod eum heredem institui, lego »; i medesimi effetti poterono annettersi più tardi anche alla figura del legato di obbligazione e del fedecommesso, qualora il testatore con congrua formola avesse manifestato analoga intenzione. In ciò il B. vede una conseguenza della dottrina proculiana, la quale avrebbe cominciato a togliere la necessità di un nesso fra il tipo originario del legato *per praeceptionem* e il conferimento di un *praecipuum* ad un coerede. Avvenuta siffatta mutazione, e rivolta l'attenzione dei giuristi più alla manifestata intenzione del testatore che non alla natura del tipo prescelto, l'uso della forma originaria del legato *per praeceptionem* non si sarebbe più ritenuto bastante argomento per attribuire un vero precipuo all'onorato; siffatta forma avrebbe ormai potuto servire anche per ciò che oggidì più propriamente si chiama « prelegato »; come viceversa a quel primo scopo avrebbe potuto servire (come si è detto) qualunque forma.

Il legato « di precipuo » così inteso avrebbe servito, secondo il B., a molteplici funzioni, per cui niun'altra figura si sarebbe altrettanto prestata: per es., per conguagliare le condizioni di un erede, che dovesse ricavare dall'eredità tutta la parte sua, con quelle di un altro che invece avesse già, durante la vita del testatore, ricevuto o preso qualche cosa dal patrimonio di lui; per far pervenire all'onorato quanto, se non giuridicamente, pur moralmente già si considerava come a lui spettante; e così via.

Le conseguenze della nuova dottrina sono numerose e gravi [1]. Fondamentale è quella che, considerandosi la cosa legata siccome precipuo e affatto separata dalla eredità, non sarebbe più possibile ammettere nè caducità parziale nè par-

---

[1] Bernstein, loc. cit., pp. 104-137.

ziale acquisto *iure hereditario*. Donde si avrebbe che il coerede, cui fosse legato un precipuo e nel tempo stesso imposto di restituire la sua quota, non dovrebbe restituire al fedecommissario veruna parte del precipuo stesso. E ancora: il coerede cui fosse legato un precipuo, ancorchè vistoso, avrebbe diritto di trattenere la quarta falcidia in confronto dei legatari, senza imputare in essa veruna parte del suo precipuo. Si comprende pure come, non essendovi alcuna caducità parziale, non dovrebbe aver luogo in caso di legatari congiunti quel diritto di accrescimento speciale a quello che oggidì si dice il prelegato, il cui risultato è di mutare grandemente l'entità delle parti ai singoli devolute. Anzi il B. inclina a credere che nel suo legato di precipuo non avesse luogo in nessun modo il *ius adcrescendi*, neppure in caso di completa deficienza di uno dei collegatari. Altre conseguenze sarebbero la possibilità del legato di precipuo anche a favore dell'erede istituito *ex asse*, l'indipendenza del diritto al legato dal fatto che il legatario diventi o no erede, la preferenza del legato di precipuo rispetto agli altri in ordine alla Falcidia.

Secondo il B., in origine l'ordine dal testatore rivolto a un erede di *praecipere* non si sarebbe considerato quale vero e proprio legato, bensì quale disposizione relativa alla distribuzione dei beni ereditari fra i coeredi. Anzi, egli propende a ritenere che si riferisse ai *sui heredes*, alla materia peculiare, etc. La *praeceptio dotis*, competente più tardi di diritto al marito *filiusfamilias* nella divisione dell'eredità paterna, si sarebbe svolta a immagine di quella ordinata nel testamento. L'estensione subbiettiva ed obbiettiva di tali *praeceptiones* avrebbe condotto a considerarle quali forme di legati. Arrivati a questo punto si spiegherebbe e l'ammissibilità degli estranei a farle valere e la concessione all'uopo di vere azioni di legato.

Affatto indipendente si sarebbe sviluppata quella figura che oggidì s'intende specialmente con il termine « prelegato »: questo è un legato come tutti gli altri, una *delibatio hereditatis*, le cui regole speciali non sono che un'applicazione delle ordinarie norme dei legati al caso di un coerede legatario.

Se le suesposte dottrine fossero vere, è certo che grandemente erronea sarebbe la comune opinione circa il *legatum*

heredi relictum e l' esegesi di moltissimi testi riferentisi alla materia. Si avrebbe una ben larga limitazione della regola *heredi a semetipso inutiliter legatur*; nonchè un singolare precedente romanistico della norma accolta oggidì da quasi tutte le legislazioni, che cioè il prelegato è valido anche per la porzione rispondente alla quota dell' erede onorato.

Senonchè i nuovi insegnamenti, pur avendo il pregio di un' esposizione elegante ed erudita, non mi sembrano atti a persuadere. L' antica e comune opinione ben parmi potersi difendere contro gli addotti argomenti; e a tale intento mirano le presenti riflessioni.

II.

La voce *praecipere* ha nell' uso dei giuristi romani un'accezione molto più larga che al Bernstein non sembri. *Praecipere* significa, in genere, « prendere a preferenza », in confronto (s' intende) di altri; come poi ciò avvenga, non è in alcun modo determinato. Arguire dal *praecipere* che avviene per parte di un comunista nel *iudicium communi dividundo* per il *praecipere* del coerede legatario nel *iudicium familiae erciscundae* non è giustificato: poichè la rispettiva posizione di fronte al tutto da dividere è molto diversa, e, se il *praecipere* accenna al fatto che a qualcuno è riservata la preferenza per il *capere* di qualche cosa, non accenna al modo con cui tale preferenza si afferma e tal *capere* si verifica.

Se, per es., noi leggiamo in D. 31, 77, 21: « commune filiorum negotium gestum intellegebatur nec ob eam rem apud arbitrum divisionis *praecipuam causam filiae fore* », comprendiamo subito come s' intendesse largamente il *praecipere* coi suoi derivati. Il fatto che il padre moribondo avesse affidato alla *filia maior nata* le chiavi e il sigillo *custodiae causa* e avesse ordinato a un liberto di consegnarle le cose a lui affidate non bastava a far credere che si trattasse di un fedecommesso universale a favore della *filia*: fedecommesso che, se in realtà fosse stato ordinato, avrebbe dovuto appunto trattarsi nel *iudicium familiae erciscundae*, dove i coeredi non avrebbero potuto trattenersi che la quarta pegasiana. Nella

mente di Scevola *praecipua causa* indica solamente questo migliore trattamento riservato nell' *arbitrium divisionis*. Ed il passo ha qualche importanza appunto perchè nei paragrafi precedenti s' illustrano casi che, secondo il Bernstein, sarebbero di *praeceptio* nel senso da lui inteso (per es., D. eod. 77, 19 e 20).

Precisamente con questo ampio significato di *praecipere* si spiega l' interpretazione data dai giuristi romani all' ingiunzione fatta dal testatore ad un erede di restituire l' eredità o la quota *praecepta aliqua re* o *pecunia*. Il Bernstein riserba ad altra occasione lo studio di interessantissime disposizioni, e non è a dire con quanto desiderio attendiamo questo suo promesso lavoro [1]; ma ci sembra che fin d' ora non sarebbe stato male tenere qualche conto di esse per illustrare le presenti ricerche. Come io ho cercato di dimostrare in altri lavori [2] contro alcune opinioni divergenti, se l' erede incaricato di restituire *praecepta certa re* è istituito *ex asse*, o se, pur essendo istituito per una quota, è incaricato di restituire *praecepta certa pecunia*, egli acquista la *res* o la *pecunia* integralmente *iure hereditario*; se invece egli è istituito *pro parte* e deve restituire la sua quota, *praecepta aliqua re*, egli acquista la *res* parte *iure hereditario* (e cioè per la porzione contenuta nella sua quota) e parte a titolo di fedecommesso, in quanto è tenuto a chiedere agli eredi le porzioni relative alle loro quote. Qui abbiamo *praecipere* riferito a due acquisti nel loro modo di avveramento e nel loro giuridico significato molto diversi, benchè esteriormente ed economicamente uguali. Ciò prova appunto che non la giuridica natura dell' acquisto, ma il suo fine empirico e il suo carattere economico si vuole per tal guisa designare. In realtà, nell' un caso e nell' altro la *res* o la *pecunia praecepta* viene sottratta integralmente alla restituzione, l' erede onorato la prende per sè o per sè la chiede a preferenza. Si noti che i giuristi romani considerano

---

(1) Queste parole erano scritte prima che la dolorosa notizia della morte del Bernstein fosse pervenuta.

(2) [Vedi *Legati e fedecommessi*, p. 217 sgg.; GLUECK, *Comment. alle Pandette*, lib. XXX-XXXII, parte I, trad. it. di C. FERRINI, p. 429, contron. *i*; *Sulle differenze fra prelegato e porzione di eredità*, in *Annuario crit. di giurispr. prat.*, 2, 1890, p. 9 sg., ripubblicato più innanzi in questo volume].

all' uopo siccome equipollenti le formole *praecepta*, opp. *excepta*, opp. *retenta, aliqua re* o *pecunia*; ma indicano la disposizione in se stessa o il conseguente acquisto con la voce *praeceptio*. Ne do qualche esempio.

D. 30, 125 (Rut. Max. *lib. sing. ad leg. Falc.*): « Si heres centum praecipere iussus sit et restituere hereditatem et patronus bonorum possessionem contra tabulas petierit, sicut legata, ita et *praeceptio* pro parte, quam patronus abstulit, minuetur ».

D. 36, 1, 31 (30), 4-5 (Marcian. 4 *instit.*): « Et heres institutus rogatusque hereditatem restituere, praecepta aliqua summa vel re, etiamsi in *praeceptione* minus quam quarta pars esset *rell.* 5 Sed et si sine ulla *praeceptione* rogatus fuerit hereditatem restituere *rell.* ».

D. eod. 57 (55), 3 (Papin. 20 *quaest.*): « - - - ut nec Falcidiam exercere possit, nec *praeceptio* apud eum relinquatur, nec substitutio quoque *rell.* ».

Non ci maraviglieremo, dopo tutto questo, che *praecipere* s' intenda anche del legato lasciato ad un coerede a carico esclusivo di un altro: qui pure l' effetto è un trattamento di preferenza dell' erede onorato. Cfr. D. 33, 2, 32, 6: « hoc amplius Publia Clementiana *praecipiet* sibi quartae partis hereditatis meae, ex qua Iulium Iustum filium meum heredem institui ».

E tanto meno dobbiamo meravigliarci, se con *praeceptio* indubbiamente s' indica in alcuni passi ciò che per i moderni costituisce il vero prelegato: anzi, noi vedremo che questo è il consueto significato. Possiamo fin d' ora insistere sul punto che dal nome *praeceptio* non si può in verun modo arguire quel carattere della disposizione e dell' acquisto, cui pensa il valoroso romanista tedesco (1).

---

(1) S' indica per *praecipere* anche il prelevare di una certa somma dalla eredità, che avviene da parte di coerede od estraneo, per qualche scopo particolare ordinato dal testatore. Ecco i testi a me noti:

D. 30, 96, 3: " Si scriptus ex parte heres rogatus sit praecipere pecuniam et eis, quibus testamento legatum erat, distribuere, id quod sub condicione legatum est tunc praecipere debebit, cum condicio extiterit ".

D. eod. 107 pr.: " Si a pluribus heredibus legata sint eaque unus ex his praecipere iubeatur et praestare, in potestate eorum, quibus sit lega-

Ancor meno si può, a mio avviso, sostenere una siffatta tesi per la voce *praelegare*. Il verbo ha pure un significato ampio e comprensivo. Si potrebbe tradurre « legare a preferenza ». Ora, ciò è manifestamente inteso nelle fonti nostre in senso duplice. Anzitutto, indica i legati fatti a uno degli eredi, ai quali una cosa vien legata a preferenza degli altri, alla cui quota ereditaria è anzi proporzionalmente sottratta. In secondo luogo, *praelegare* indica lasciare per legato una cosa, già di preferenza spettante al legatario per qualche ragione giuridica o morale. Si è anche sostenuto (e torna a sostenere il Bernstein) che *praelegare* significhi « legare prima, più avanti »: ma un tale significato (così strano anche di fronte alle analoghe formazioni) non è sostenibile con argomenti efficaci (¹).

Nel secondo senso si discorre specialmente di *dos praelegata* (²).

---

tum, debere esse ait, utrumne a singulis heredibus petere velint, an ab eo qui praecipere sit iussus „.

D. 31, 88, 1: " A te peto, Titi, fideique tuae committo uti curam condendi corporis mei suscipias et pro hoc tot aureos e medio praecipito - - - si Lucius Titius minus quam decem aureos erogaverit - - - heredum commodo proficere „.

D. 34, 1, 10 pr.: " Cum unus ex heredibus certam pecuniam praecipere iussus esset, de cuius sorte libertis alimenta praestaret, heredem quoque heredis ad praeceptionem admitti placuit „.

Mi par chiaro che in tutti questi passi non si alluda a legati; le regole esposte contrastano decisamente. Sono incarichi d'altro genere (se e come obbligatori, ora non voglio ricercare), che preludono alla figura dell'esecutore testamentario.

Notevolissimo in D. 31, 34, 1: - - ἐξαίρετον βούλομαι αὐτὸν παρ' ἑαυτοῦ λαβεῖν κτλ.: la espressione ἐξαίρετον λαμβάνειν equivale proprio a *praecipuum sumere;* e si vede come ciò non contrastasse con i principii di quello che ora si designa con la voce " prelegato „.

(¹) Di ciò ho già fatto cenno in *Legati e fedecommessi,* p. 188 sg.

(²) Qui non intendo illustrare un punto su cui vien luce dagli stessi studi del B., e su cui ho insistito in *Legati e fedecommessi*, p. 188, benchè forse la spiegazione ivi data non sia la migliore. Piuttosto richiamerò l'attenzione dei romanisti sopra un passo importantissimo e finora negletto del l'Indice di Stefano ad D. 23, 4, 30 (sch. ad Bas. 29, 5, 28, Hb. III p. 478): ἐπειδὴ τὴν προῖκα αὐτῆς ἐληγάτευσεν αὐτῇ, εἰκότως praelegateuϑεῖσαν καὶ οὐ κυρίως ληγατευϑεῖσαν εἶπε τὴν προῖκα. E cioè: " dal momento che ad essa ha legato la dote di lei, giustamente chiamò (il giurista) *prelegata* e non semplicemente *legata* la dote „. Con ciò adunque si accenna ad una terminologia comunemente ricevuta: si avverta soprattutto l'εἰκότως.

Il Bernstein osserva che « in nessuno dei testi, in cui si contengono i principii decisivi per la dottrina moderna del prelegato, si usa il verbo *praelegare* » (1); ma noi vedremo invece che ciò non è precisamente vero (2). Sta in fatto che in molti di questi testi si parla solamente di « legare ad un erede » ; ma è questo in genere, come non è sfuggito allo stesso B., la più consueta maniera di accennare ai lasciti a titolo singolare fatti a favore di un erede (3).

Alla suesposta dottrina, a cui (come testè si vide) manca ogni sicuro argomento tratto dalla terminologia delle fonti, osta soprattutto il principio: *heredi a semetipso legari non potest*. Il chiaro scrittore nega l'universalità di siffatto principio; sostiene che il testatore (almeno entro certi limiti) potesse scindere interamente una cosa dal complesso ereditario, nel qual caso su di essa non vi sarebbe stato concorso del titolo universale con il particolare. Ma non vedo come ciò possa ammettersi. La ragione della regola *heredi a semetipso legari non potest* sta evidentemente nel fatto che l'erede continua la posizione patrimoniale del defunto come mancherebbe di base un negozio giuridico diretto a procurare a noi quanto già abbiamo, così manca di base un legato in quanto mira a procurare all'erede (che è nella posizione giuridica stessa del defunto) ciò di cui quest'ultimo è proprietario (4). Ora, questo

---

(1) Loc. cit., p. 74.

(2) Vedi più innanzi [p. 260 sg.].

(3) Che *praelegare* si riferisca in qualche testo alla *retentio iure hereditario* pare al Bernstein indubbio („ unzweifelhaft „) : egli cita D. 22, 1, 3, 3. In esso si parla di un certo Pollidio, istituito erede con l'onere della restituzione alla figlia della testatrice di *quidquid ex bonis eius ad se pervenisset*. La testatrice stessa ordina a Pollidio di *retinere fundum*. Più avanti richiamasi questa disposizione con le parole *quod fundum ei tantum praelegaverat*.

Il testo non dice però se Pollidio fosse unico erede della testatrice (nè v'era alcuna necessità di dirlo). Se non lo fosse stato, l'ordine di *retinere fundum* si sarebbe configurato come un vero prelegato nel senso comune e nostro (D. 32, 91 pr.). Io credo ora che appunto il fatto che chi usa tale espressione non è un profano, di cui si adducano le parole, ma il giurista medesimo, sia argomento sufficiente per ritenere che Pollidio fosse erede parziale, nulla costringendoci ad attribuire al verbo *praelegare* un così insolito e così improprio significato.

(4) Ancora più evidente è il motivo della regola nella ipotesi di un legato di obbligazione.

fondamentale principio del diritto ereditario romano, che determina la condizione dell' erede, non può essere dal testatore arbitrariamente scosso. Egli può bensì ordinare che l' erede si abbia qualche cosa come legato; ma non può impedire che la parte relativa alla sua quota sia assorbita nel titolo ereditario.

Senza ricorrere a un preteso senso di *praecipere*, l' effetto voluto dal B. si sarebbe dovuto specialmente avverare nella ipotesi di un legato *per vindicationem* lasciato ad un erede. Effetto di questo legato è ordinariamente proprio quello di scindere una cosa dal complesso patrimoniale e istituire per essa una successione particolare. Il legatario acquista *ipso iure* il dominio senza il ministero dell' erede. Eppure tali effetti non si hanno quando legatario è un erede, almeno per la porzione relativa alla sua quota: qui il titolo di successione particolare svanisce di fronte a quello di successione universale; come legato in quella proporzione il lascito non vale.

Male si fa appello alla volontà del testatore. Tutta la teoria romana in questa materia prescinde da essa, appunto perchè pende da un principio ad essa superiore. È impossibile che i giuristi pensassero, con la loro disciplina della figura che oggidì diciamo propriamente « prelegato », di provvedere all' attuazione del volere dei testatori. Quando Papiniano, discorrendo della porzione di prelegato che si caduca e si assorbe nel titolo ereditario in confronto di quella che perviene al coerede onorato a titolo singolare, usa le note parole « neque enim *rationem iuris* ac possessionis varietatem inducere divisionem voluntatis » (D. 34, 9, 18, 2), esprime molto chiaramente come la dottrina giuridica qui non solo non tenga conto alcuno della intenzione del testatore, ma vi contrasti. Il perno della dottrina è proprio la distinzione fra ciò che non si può acquistare come legato, e che per conseguenza o si accresce ai collegatari o si assorbe nel titolo ereditario, e ciò che invece come legato si acquista; ora, il giurista dice che a tale distinzione, a tale *varietas*, non corrisponde un' analoga *divisio voluntatis*. La volontà è piuttosto che il *praedium integrum* (vale a dire l' intera cosa legata) pervenga all' onorato oltre e all' infuori della sua quota ereditaria: proprio l' intenzione che animerebbe il preteso « legato di precipuo ».

Io dunque conchiudo che, se fosse stata possibile veramente quest' ultima figura (nel significato che il B. sostiene), non sarebbe mai sorta la dottrina di quell' altra che ora noi diciamo « prelegato » (e, io penso, diciamo bene). Poichè la volontà del testatore non è, di regola almeno, rivolta mai agli effetti che invece da tale dottrina logicamente procedono; d'altra parte, se si potesse scindere affatto una cosa particolare dal complesso patrimoniale ereditario al punto di sottrarla alla successione universale, quando pur fosse onorato un erede, tale effetto avrebbe dovuto produrlo senz' altro il legato ordinario di proprietà.

Maggiori ancora sono le inverosimiglianze dei nuovi insegnamenti, dove si ammette la possibilità che tali effetti si potessero raggiungere con la figura del legato di obbligazione o del fedecommesso. Qui naturalmente non avviene veruna sottrazione della cosa legata dal complesso ereditario; l'acquisto da parte del legatario non si attua che con la mancipazione o con la consegna; prima la cosa rimane nella eredità e quindi, se il legatario è coerede, parzialmente nella quota di lui. L' impossibilità (ove egli adisca) di tener valido il legato anche per questa porzione, di costituire l' onorato creditore di se stesso, è troppo manifesta. L' obbiezione formidabile non è sfuggita al professore berlinese; e se egli risponde che, in sostanza, il testatore ha voluto così, e a tale volontà bisogna acconciarsi, che questo è il lato nominalistico del diritto, che le cose son quelle che noi vogliamo che siano, risponde in modo da far stupire chiunque abbia presenti i documenti dei giuristi romani proprio in questa materia. La loro grandissima abilità fu di escogitare le vie oblique per raggiungere quei fini che non si potevano con le dirette; ma essi non presero mai di fronte quegli ostacoli, i quali derivano dai principii cardinali del sistema.

Esaminiamo ora brevemente quelle principali funzioni che avrebbe avuto il legato « di precipuo ». Noi dimostreremo che, a raggiungere l' intento, una figura così anomala e così in contrasto con tutti i principii del diritto ereditario romano non era punto necessaria.

Essa avrebbe anzitutto servito per i casi analoghi a quelli trattati in D. 35, 1, 12 e in D. 33, 4, 14. Nel primo (di Ulpiano 24 *ad Sab.*) si ha una disposizione così concepita:

« quoniam filius maior ex arca mea decem sustulit, heres minor filius decem e medio sumito » ; il giurista avverte a ragione che tal legato « idcirco relictum est, ut condicio filiorum exaequaretur ». Che qui si tratti di un legato di precipuo, argomenta il B. dalla formola *e medio sumito*; su questa parleremo più avanti. Il B. osserva che solo mediante tale figura si ottiene quella parificazione cui il testatore vuol pervenire. Poniamo, dice il B., che il figlio maggiore abbia sottratto tremila, e che la sostanza ereditaria sia di ventimila. Se si applicassero le regole del prelegato, si avrebbe che i ventimila si distribuirebbero tra i due figli nel seguente modo: il minore dovrebbe avere dal fratello millecinquecento a titolo di legato; per millecinquecento il legato si caducherebbe restanto assorbito nella quota ereditaria. Sicchè egli finirebbe ad avere undicimilacinquecento, e il fratello maggiore ottomilacinquecento. Questi, computando i tremila involati, avrebbe pure undicimilacinquecento. Ma, dice il B., a questa parificazione economica non corrisponde la giuridica: poichè il fratello maggiore avrebbe tremila oltre la quota, il minore millecinquecento. Si ponga che il testatore abbia ordinato la restituzione fedecommissaria di metà della quota a ciascun coerede: il primo restituirebbe solo quattromiladuecentocinquanta, il secondo cinquemila. Parificazione completa economica e giuridica si avrebbe con il legato di precipuo. Qui si dovrebbero dalle ventimila togliere anzitutto tremila e darle al figlio minore, che le avrebbe interamente *iure legati*; la quota di ciascuno sarebbe di ottomilacinquecento.

Ma questo ragionamento non mi pare lodevole. Si può prima di tutto osservare che ciò che importa è la parificazione economica che si mantiene, finchè non è turbata da altre disposizioni del testatore, il quale, ordinandole, può benissimo prevenirne con opportune clausole gli effetti temuti. Nella specie poi, trattandosi di restituzione fedecommissaria (di cui peraltro il testo non fa cenno alcuno), non sarebbe arduo neppure operare con la volontà del testatore, tacita ma sicura.

Tutto ciò del resto è superfluo. Il professore berlinese non si occupa del titolo per cui i tremila si acquistano al figlio maggiore. Poichè il furto non è titolo, così bisogna ammettere che i tremila gli pervengano per il legato del padre. E, in realtà, in quelle parole che esonerano implicitamente il

figlio maggiore dal conferire la somma nella eredità è ovvio scorgere un tacito fedecommeso. Ciò posto, abbiamo che ciascuno dei due figli è istituito in parte uguale e onorato di uguale legato. Applicando la dottrina comune del prelegato, avremo che ciascuno ottiene diecimila a titolo ereditario (inclusi i millecinquecento, che per ciascuno si caducano come legato) e millecinquecento a titolo singolare: la parificazione economica e giuridica è completa.

Nell'altro testo (D. 33, 4, 14, Scaev. 15 *digestor.*) si tratta del seguente caso. Teopompo istituisce in parti uguali due figlie e un figlio; poi dispone che sua figlia Crispina venga collocata per cura d'un certo Polliano, che conosce le sue intenzioni e che provvederà perchè sia accasata alle condizioni medesime della sorella. Si domanda « an eandem summam dotis nomine coheredes extra partem hereditatis minori filiae praestare debeant ». Scevola risponde: « eum, cuius notio est, aestimaturum, ut eadem quantitas ex communi praecipua minori filiae dotis nomine detur ».

Che si tratti di un precipuo argomenta il B. dalla frase *praestare extrá partem hereditatis*; ma bisogna notare che *extra partem hereditatis* non vuol dire *extra hereditatem*. La questione è, naturalmente, se la figlia debba costituirsi la dote con la sua porzione ereditaria o se debba ricevere, oltre la sua parte, la dote [1]. Scevola risponde che la dote si deve dare *ex communi*, con il còncorso di tutti i coeredi e quindi della stessa figlia; mi pare chiarissimo che siamo nel caso tipico di un prelegato di obbligazione.

Immaginiamo che alla prima figlia il testatore abbia costituito una dote di novecento e che egli muoia lasciando un patrimonio di tremila. Secondo la nostra teoria, la seconda figlia riceverebbe mille *iure hereditario* (inclusi trecento del prelegato di dote, che si caducano), più seicento a titolo di prelegato. La prima figlia avrebbe mille *iure hereditario*; ne dovrebbe pagare trecento come sua parte di onere nel prelegato a favore della sorella; ma, avendo già avuto la dote di novecento, finirebbe col percepire dal padre in totale mille-

---

[1] Qui neppure si fa questione (come meglio vedremo avanti) se tutta la dote debba essere prestata oltre la quota: si vuol sapere, in genere, se la disposizione del testatore attribuisca o no un beneficio oltre la quota.

seicento come quest' ultima. La parificazione sarebbe economica, ma non giuridica; poichè l' una avrebbe novecento *extra hereditatem*, l' altra seicento. Ciò è vero, ma poco importa per le riflessioni stesse già fatte a proposito dell' altro testo; le disparità effettive di trattamento non potrebbero sorgere che in forza di altre disposizioni del testatore, che è sempre libero di adibire i provvedimenti opportuni.

Il legato di precipuo dovrebbe servire per lasciare ai figli il peculio profettizio.

D. 31, 89 pr. (Scaev. 4 *respons.*): « Testamento filium et uxorem suam heredes instituit: postea epistulam scripsisse dicitur, qua et quidquid in peculio habuit filius ei donavit et adiecit praecipua haec eum suique iuris [et] post mortem suam habere velle ».

L' unico fondamento per ammettere qui un legato di precipuo sta appunto nella frase *praecipua habere velle*; alla quale però, dopo le riflessioni sopra esposte, non può più rivendicarsi tanta efficacia. Per lo scopo economico immediato serve egregiamente il prelegato, come noi lo intendiamo; giacchè per esso pure si ottiene di far pervenire al figlio l' intero peculio. Tale scopo economico potrebbe essere turbato da altre disposizioni del testatore; ma nulla vieta ch' egli anche qui adibisca le opportune cautele.

Lo stesso ragionamento deve ripetersi per tutti i casi in cui il *paterfamilias* vuol legare a qualche discendente ciò che in vita gli ha dato (senza potergli trasferire la proprietà), per il prelegato a favore della moglie delle *res uxoris causa emptae paratae*, per quello di beni lasciati da qualche ascendente o parente dell' onorato e pervenuti al testatore o alla testatrice: D. 31, 88, 2; 77, 19. 33, 7, 2 pr. etc.

L' ultimo degli accennati frammenti (Pap. lib. 7 *respons.*) può anzi far luce in proposito. Il testo dice:

« Cum pater pluribus filiis heredibus scriptis duobus praeceptionem bonorum aviae praeter partes hereditarias dedisset, *pro partibus coheredum* viriles habituros legatarios placuit ».

A mio avviso, il testo non può bene intendersi se non riferito al prelegato quale è inteso dalla comune dottrina. Si noti infatti la menzione delle *partes coheredum*: il legato

grava proprio sulle singole quote; non è vero che la cosa si scinda dall'eredità tuttora indivisa. Inoltre, la traduzione naturale è la seguente: «essi (i prelegatari) avranno porzioni virili per quanto si riferisce alle quote dei coeredi, nonostante la disparità delle loro quote d'istituzione». Infatti, secondo la teoria da noi seguìta, essi ricevono parti uguali da tutti i coeredi, e la differenza effettiva del risultato dipende dal caducarsi di una porzione correlativa all'eredità della loro quota di istituzione e dal conseguente accrescimento che a quella è precisamente inverso. Il dubbio che vuol risolvere Papiniano è, evidentemente, se i due prelegatari, nonostante la diversa misura delle loro quote di istituzione, debbano ricevere parti uguali. E il giurista risponde affermativamente; ma con grande cautela. Egli dice che riceveranno porzioni eguali. E riceveranno porzioni uguali *pro partibus coheredum*; giacchè tali porzioni veramente consistono a titolo di legato, e ai prelegatari in ogni evento rimangono.

Il Bernstein, in altro punto dal suo scritto, offre del passo una differente versione. Si vorrebbe dire che i prelegatari ricevono parti uguali, ma che queste parti si commisurano all'entità della quota dei singoli coeredi gravati. Sta intanto che, nella dottrina del romanista tedesco, lo statuire un rapporto fra le *partes* dei coeredi ed un precipuo (che dal complesso ereditario dovrebbe affatto scindersi) sembra meno opportuno. Poi s'aggiunge che la risposta risulterebbe singolarmente incompleta. I due prelegatari ricevono parti uguali dai coeredi; ma, per la parte relativa alla loro quota, che cosa avviene? Tale questione è inutile per chi presuppone la dottrina ordinaria del prelegato; si sa che tale parte si caduca e si accresce. Ma per chi segue la nuova dottrina deve essere capitale il conoscere se a ciascun prelegatario competa una porzione analoga all'entità della sua quota o invece, prescindendo da questa, una *portio virilis*. Su ciò Papiniano sarebbe muto. Pare che il Bernstein ritenga che ciascun prelegatario debba aver proprio una parte uguale (e allora davvero non capisco perchè il giurista non ha detto senz'altro *partes viriles habituros legatarios placuit*): ma se si statuisce un rapporto con le quote degli altri eredi, perchè mai cessa il rapporto con le quote dei medesimi prelegatari? E se invece il rapporto sussiste, vuol dire che il precipuo entra parzialmente

nella loro quota, e allora devono applicarsi le regole comuni del prelegato. Possiamo dire con tutta sicurezza che, di fronte al testo citato, la nuova teoria appare impossibile.

III.

Come quarto tipo di legato Gaio (2, 216 sg.) adduce quello *per praeceptionem* con la nota formula: ' *L. Titius hominem Stichum praecipito* '. Varie sono le notizie importanti che egli, in proposito, ci porge. La disputa fra le due scuole concerneva specialmente il problema se onorato di un tale legato avrebbe potuto essere chi non fosse *aliqua ex parte heres institutus*. I sabiniani sostenevano la negativa (pure ammettendo alcuni di loro possibile la convalescenza mercè il senatoconsulto Neroniano): « nulla alia ratione putant posse consequi eum, cui ita fuerit legatum, quam iudicio familiae erciscundae - - -: officio enim iudicis id contineri, ut ei quod per praeceptionem legatum est adiudicetur » (Gai. 2, 219). I proculiani invece ammettevano che, lasciato a un estraneo, tale legato funzionasse come un ordinario legato *per vindicationem*, come se fosse scritto semplicemente: « ' *Titius hominem Stichum capito* ' supervacuo adiecta *prae* syllaba » (Gai. 2, 221), e appunto la *rei vindicatio* interveniva in luogo dell' *actio familiae erciscundae*.

Qui noi intendiamo rettificare alcuni punti della teoria di questo tipo di legato, specialmente per dimostrare che essi non convengono coi nuovi insegnamenti.

Anzitutto possiamo osservare che dalla relazione gaiana sembra chiaro non potersi un legato *per praeceptionem* lasciare ad un *heres ex asse*: « quod tantum in eius persona procedit, qui *aliqua ex parte* heres institutus est, quod is *extra portionem hereditatis* praecipuum legatum habiturus sit » (Gai. 2, 217). Inutile una simile disposizione non sarebbe stata: avrebbe servito a sottrarre certi beni alle pretese dei legatari e fedecommissari e al computo della quarta falcidia; ma essa si giudicava impossibile. Se il testatore ordinava all' erede *ex asse* di *praecipere* qualche cosa, la *praeceptio* si considerava come un acquisto *iure hereditario*, che quindi entrava nel quadrante, etc. Le parole *extra portionem hereditatis* non vanno

intese nel senso che tutta la *praeceptio* pervenga al coerede onorato a titolo di legato, ma piuttosto nel senso che, oltre la quota ereditaria, è lasciato al coerede un legato; che quindi, se non adisce l'eredità, il legato che gli è lasciato *extra portionem* gli si debba in generale ugualmente; e che, se invece adisce, gli si debba e la quota di eredità e inoltre il legato, per quanto i principii di questa materia il consentano: per quanto cioè il legato, come tale, possa consistere.

Circa l'oggetto del legato *per praeceptionem*, io non credo che fra le due scuole vi fosse controversia. Si comprende come i proculiani, ritenendo che il legato *per praeceptionem* lasciato a un estraneo funzionasse come una specie del legato *per vindicationem*, esigessero in questo caso che la cosa appartenesse al testatore *ex iure Quiritium* tanto al tempo del testamento quanto a quello della morte. Nel caso invece che il legato fosse lasciato a un coerede e si dovesse far valere nel *iudicium familiae erciscundae*, entrambe le scuole opinavano che bastasse che la cosa fosse *in bonis* del testatore *mortis tempore*.

I sabiniani ammettevano che, lasciata in tal modo una cosa che il testatore avesse mancipata al creditore *fiduciae causa*, si potessero i coeredi *officio iudicis* costringere « soluta pecunia luere eam rem, ut possit praecipere is cui ita legatum sit » (Gai. 2, 220). Ora, è ben da credere che di simile avviso fossero pure i proculiani; come è pure ben da credere che già le due scuole si unissero (almeno dopo il senatoconsulto Giuvenziano) a ritenere valido come tale il legato *per praeceptionem* di « nummi, qui domi non essent ». Ma oltre questi limiti i giuristi romani non si spinsero mai, nè avrebbero potuto spingersi; il senatoconsulto Neroniano del resto poteva, almeno in parte, rimediare alle angustie del tipo. E appunto con tacito riferimento al Neroniano vanno intesi alcuni testi in cui si dice essere stato legato a uno dei coeredi: '*quod mihi debet praecipito*'. Poichè da tutta la trattazione di Gaio appare che un simile legato poteva riferirsi soltanto a cose corporali *in bonis* del testatore (cfr., per es., D. 10, 2, 42). Simili passi non provano per il legato *per praeceptionem* più di quanto per il legato *per vindicationem* provi, ad es., D. 30, 75, 2 ('*decem, quae mihi Titius debet, lego*') e, nella relazione a un intero complesso patrimoniale coi crediti correlativi, D. 31, 76, 1 ('*Lucio Sempronio lego omnem hereditatem Publii Maevii*').

Il legato *per praeceptionem* aveva per testimonianza di Gaio e di Ulpiano la formola '*L. Titius hominem praecipito*', e questa formola troviamo più volte nelle fonti, disposata non di rado a quella del legato *per vindicationem*. Ragione del frequente congiungersi delle due formole può essere stata, in origine, la volontà di far pervenire la cosa all' onorato che non diventasse erede, quando per la dottrina sabiniana da molti seguìta poteva temersi che, in tal caso, la disposizione risultasse senza effetto. D' altra parte, la grandissima affinità dei due tipi invitava a cumularne le formole chiunque amasse una certa ridondanza di espressioni.

Se molte volte troviamo lasciato all' erede un legato nella forma *per vindicationem* o anche in forma di *damnatio* o di fedecommesso, non ci è lecito pensare che qui si abbiano veri sostitutivi o mere varietà del *legatum praeceptionis*, conservando ciascun tipo il significato proprio. Nè monta, che tali disposizioni si assumano qualche volta nelle fonti sotto il nome di *praeceptio*; giacchè, dato il senso lato di questo termine, tali passi si riducono a significare che l' onorato è nel tempo stesso un erede. La chiara distinzione dei tipi appare tuttora da Gai. 2, 218 e dagli accenni di Paolo e di Ulpiano. Neppur frasi come *e medio sumito* (¹) e simili possono considerarsi come mere varietà di *praecipito*; giacchè per il diritto romano *sumito*, *capito* etc. sono formole riconosciute per il legato *per vindicationem*, aventi un' efficacia ben determinata, la quale non può restringersi o mutare per il fatto di quelle aggiunte. Quindi, per es., se il testatore si è servito della formola *Titius e medio sumito*, ove l' oggetto non si trovasse al tempo del testamento e a quello della morte in sua proprietà *ex iure Quiritium*, non avrebbe la disposizione potuto valere che mercè il senatoconsulto Neroniano, ancorchè si trattasse di *res in bonis* del testatore, di cosa che al tempo della morte fosse pervenuta nel dominio quiritario, di cosa mancipata *fiduciae causa*, e così via.

(¹) Taccio poi dell' espressione *hoc amplius*, che notoriamente nei testamenti romani serve solo a indicare il cumulo delle disposizioni e ad impedire l' erronea opinione che si tratti di traslazione o adenzione; cfr., per es., *Legati e fedecommessi*, p. 319 sg.

Rispetto all' azione con cui far valere il legato *per praeceptionem*, Gaio c' informa (2, 219) che i sabiniani rimandavano esclusivamente all' *actio familiae erciscundae*; non ci vien detto a quale partito essi si appigliassero qualora il giudizio divisorio fosse già espletato, e comparisse, per es., il codicillo ordinatore di tal legato. Pei proculiani, poi, il *iudicium familiae erciscundae* era parimenti l' ordinario; ma, se occorrevano i requisiti oggettivi del legato *per vindicationem*, s' accordava da essi anche la *rei vindicatio*: la quale sola poteva competere all' *extraneus* per tal guisa beneficato.

Il *praecipere* pei sabiniani indicava appunto una preferita partecipazione ad un processo di divisione; pei proculiani era una forma di *capere*. Si comprende pertanto come i primi non sapessero scindere i due concetti di *praecipere* e di *dividere*; la *praeceptio* aveva la sua naturale attuazione nella *adiudicatio*. Ciò però non vuol dire che essi non riconoscessero un diritto immediato del prelegatario sulla cosa in tal modo legata: l' *adiudicatio* non solo crea dei diritti, ma anche serve a riconoscerli [1]. Basterebbe all' uopo ricordare l' elezione concessa dai proculiani in alcuni casi fra l' *actio familiae erciscundae* e la *rei vindicatio*. La dottrina poi dei proculiani non avrebbe potuto nascere, osserva bene il Bernstein, se non fosse stato comunemente ammesso che il legato di precezione importasse un diritto immediato del prelegatario sulla cosa.

È certo che il legato *per praeceptionem* negli ultimi tempi della giurisprudenza classica si considera come produttore di dominio (quiritario o bonitario secondo le circostanze) e nulla vieta di considerare questo come l' antico trattamento del tipo. È noto quanto decide in proposito

C. 6, 37, 7 pr. (a. 215): « Si Fortidianum fundum primo pater tuus fratribus per praeceptionem ac mox tibi legavit, concursu dominium eius tibi quoque quaeritur ».

Qui si parla senz'altro di acquisto di dominio derivante dal legato, che produce il *concursus* dei vari onorati nella proprietà della cosa. L' importanza di questo testo si conferma mirabilmente con quanto dovremo dire a proposito dell'accrescimento.

---

[1] Vedi VOIGT, *Die XII Tafeln*, II, p. 509.

Intorno a D. 4, 3, 32 (in cui si riconosce libero il servo manomesso dal coerede, cui fu legato *per praeceptionem*) osserva non a torto il B. che qui la circostanza dell' avvenuta aggiudicazione potrebbe essere sottaciuta (¹).

IV.

La più importante indagine è quella, che ora ci rimane, intorno agli effetti del supposto legato di precipuo. È precisamente la differenza specifica nel modo di operare quella che contraddistingue le singole figure giuridiche e ne giustifica l' autonomia.

Noi lo sappiamo: la conseguenza fondamentale del nuovo concetto del legato di precipuo sarebbe quella che esso, anche dall'onorato che diventi effettivamente erede, si acquisti totalmente a titolo di legato. Ci siamo già trattenuti a dimostrare con ragioni teoriche l' impossibilità di questa dottrina; ma dobbiamo esaminare i testi addotti per confermare o in genere quell' efficacia del legato di precipuo o in particolare qualche atteggiamento di essa.

Che il *legatum praeceptionis* non operasse in tal guisa, sembra attestato con ogni chiarezza in

D. 43, 3, 1, 6 (Ulp. 67 *ad ed.*): « Qui vero ex causa praeceptionis (possidet) utique tenetur hoc interdicto (*scil.* quod legatorum), sed pro ea scilicet parte, quam iure legati habet, non etiam pro ea, quam quasi heres habet. idemque erit dicendum et si alio genere legati uni ex heredibus legatum sit: nam et hic dicendum est pro ea parte, qua heres est, cessare interdictum ».

(¹) Non veggo citato D. 32, 32. Sono istituiti più eredi: ad uno il testatore “ dedit per praeceptionem certas species ”, e volgarmente gli sostituì nella quota di eredità un altro coerede. Sorge il dubbio se costui non sia sostituito anche nel legato, e se possa togliere quindi le *certae species* al coerede prelegatario o ai suoi successori. Il quesito è proprio formulato così: “ an Sextia ex substitutione etiam haec quae praelegata Marcio erant iure substitutionis a legitimo herede defuncti (cioè del coerede rinunziante) *sibi vindicare* possit ”. La risposta è naturalmente: “ Sextiam in legatis, quae Marcio data sunt, substitutam non esse ”.

Che qui la *causa praeceptionis* indichi proprio il legato tipico *per praeceptionem,* risulta dal contrapposto degli *alia genera*: è un passo in cui la distinzione dei tipi non è stata eliminata (almeno completamente) dai compilatori. Lo stesso B. deve pur convenire che soltanto questa è l' interpretazione da darsi. E, allora, come non ammettere che la porzione del legato *per praeceptionem* correlativa alla quota dell' onorato si caduca e però gli rimane acquisita *iure hereditario*? Il romanista berlinese pensa all' ipotesi che qui si tratti non di un legato di precipuo, ma di un legato *per vindicationem* lasciato ad un coerede in forma di *praeceptio.* Dopo il trionfo (egli osserva) della teoria proculiana, più che al tipo formale si dovette attendere alla intenzione del testatore, e come un legato di precipuo potè lasciarsi con altre formole, così un legato ordinario, un prelegato nel senso moderno della parola, potè lasciarsi in veste di legato *per praeceptionem.* Su tutto questo ora non discutiamo; è certo che non fu punto data una dimostrazione persuasiva. Ma sembra verosimile che qui il giurista, contrapponendo i singoli tipi (*genera*) [1] per paragonarne l' efficacia, assuma l' uno di essi non nel suo vero significato e nella sua funzione specifica, ma in un significato ed in una funzione abusiva? E, se il preteso legato di precipuo fosse veramente esistito, non era qui, proprio qui, che si doveva farne menzione e illustrarne gli effetti? Chi legge con animo spregiudicato questo brano ulpianeo può mai pensare che, in qualche caso, il legato fatto a un coerede gli si acquistasse integralmente come tale, e che fosse quindi l' onorato rispetto al medesimo tenuto integralmente con l' interdetto?

Inoltre, non va taciuto che spesse volte nei testi i quali, secondo la nuova dottrina, trattano del legato di precipuo si istituisce una correlazione fra questo e le singole quote ereditarie: il che (come abbiamo già avvertito) implica come conseguenza necessaria la caducità proporzionale alla quota del precipiente. Nè diverso è il significato dei testi in cui si afferma che il precipuo grava sulla *communis hereditas* o deve prelevarsi *ex communi,* giacchè appunto questa espressione

---

[1] *Genus legati* è espressione tecnica: per es. Gai. 2, 192.

allude al fatto che compartecipe dell' onere è la stessa quota del precipiente, e mira a togliere il dubbio che l' onere riposi solamente su quote determinate. Ciò è confermato da D. 31, 77 pr., un passo che parla sicuramente di un prelegato come noi l' intendiamo, e che usa proprio quell' espressione, la quale dovrebbe invece essere specifica del legato di precipuo:

D. 31, 77 pr. (Papin. 8 *respons.*): « - - - ' Peto a te, filia, ut, acceptis ex hereditate mea in portionem tuam centum aureis et praedio Tusculano, partem hereditatis restituas matri tuae '. respondi praedium quidem hereditarium iudicio divisionis *de communi* filiam habituram, pecuniam autem *de parte sua* retenturam ».

L' onere della *pecunia* riposa tutto sulla quota dell' onorato: in altri termini, qui l' acquisto avviene integralmente *iure hereditario*. Rispetto al *praedium* ciò non può avvenire: si ha, come è detto in testi chiarissimi, un prelegato nel significato comune e nostro della parola.

Ora che abbiam visto quale è la portata della espressione *de communi habere*, comprenderemo il vero valore di altri testi. Si veda, per es.,

D. 33, 4, 14 (Scaev. 15 *digest.*): « - - -. respondit eum, cuius notio est, aestimaturum, ut eadem quantitas *ex communi* praecipua minori filiae dotis nomine detur ».

Abbiamo visto come il B. trovi in questo passo un classico esempio del suo legato di precipuo [1].

Si veda ora

D. 10, 2, 25, 22 (Paul. 23 *ad ed.*): « Si pecunia, quae domi relicta non est, per praeceptionem relicta sit, utrum universa a coheredibus praestanda sit *an pro parte hereditaria, quemadmodum si pecunia in hereditate relicta esset,* dubitatur.

---

[1] Cfr. D. 10, 2, 28 (Gai. 7 *ad ed. prov.*): " Rem pignori creditori datam si per praeceptionem legaverit testator, officio iudicis continetur, ut *ex communi pecunia luatur,* eamque ferat is, cui eo modo fuerat legata ". Qui si vuole apertamente dire che l' onere di svincolare la cosa cade anche sul precipiente in proporzione della propria quota, e non solo sulla quota dei coeredi. È pertanto ben chiaro il significato di *communis*; ed è quanto mai contrario alla nuova dottrina.

et magis dicendum est, ut id praestandum sit, quod praestaretur, si pecunia esset inventa ».

Come si possa davanti a un testo così formale ed esplicito sostenere la nuova dottrina, non comprendo. Qui la correlazione fra l' onere e le quote è statuita nel modo più chiaro. Il testatore lascia *per praeceptionem* una somma di danaro esistente nell' eredità. La somma non si presta integralmente, ma in proporzione alla quota degli altri coeredi: poichè l' onere non grava soltanto su questi, ma su tutti, compreso il precipiente. Se i coeredi sono quattro, istituiti in parti uguali, il precipiente non riceve che settantacinque: gli altri venticinque li avrà nella sua quota, ma non a titolo di legato, bensì *iure hereditario*. Così non può in veruna guisa discorrere un giurista che ammetta il preteso legato di precipuo, giacchè, data la reale esistenza di questa figura, si dovrebbe venire a diversa conclusione. Dalla eredità ancora indivisa (o supposta fittiziamente tale) s' avrebbe a dedurre la somma legata, da prestarsi integralmente (*universa*) a titolo di legato. Un procedimento non equivale certo all' altro [1].

Nel caso di *pecunia domi non inventa* potrebbe nascere il dubbio (appunto perchè l' onorato non ha nella sua quota i *nummi* da trattenere) che si tratti di onere gravante esclusivamente sui coeredi; ma questo dubbio circa l' intenzione del testatore è opportunamente rimosso dal giurista.

Nè contrasta al testo sopra riferito (sia detto di passaggio, poichè non tocca la presente questione) un altro testo pauliano:

Paul. *Sent.* 3, 6, 1: « Per praeceptionem uni ex heredibus nummi legati, qui domi non erant, officio iudicis familiae herciscundae a coheredibus praestabuntur ».

Qui il giurista dice che il legato è valido (e valido come tale, senza ricorrere al senatoconsulto Neroniano) e che i coeredi saranno tenuti a pagare i denari: se integralmente o in proporzione delle loro quote, non dice; ma è ovvio intendere (poichè altro non si aggiunge) nel secondo senso, in conformità alle regole generali.

---

[1] Non nascondo quindi il mio stupore per quanto leggo nel lavoro del BERNSTEIN, loc. cit., p. 88 sgg.

La dottrina ch' io seguo trova una buona conferma in

D. 10, 2, 42 (Pomp. 6 *ad Sab.*): « Si ita legatum fuerit uni ex heredibus: '*quod mihi debet, praecipito*', officio iudicis familiae erciscundae continetur, ne ab eo coheredes exigant: nam et si quod alius deberet praecipere unus iussus fuerit, officio iudicis actiones ei praestari debebunt *pro portione coheredis* ».

Anche qui torna la proporzionalità degli oneri e delle quote: vi ha dunque una porzione che come legato non si presta, perchè inclusa nella quota dell' onorato; vi ha dunque parziale acquisto *iure hereditario*.

Se fosse vera la nuova concezione del legato di precipuo, si avrebbe la conseguenza che il precipiente onerato fedecommissariamente della restituzione della sua quota non dovrebbe imputare nella quarta Pegasiana veruna parte della *praeceptio*; e che viceversa la *praeceptio* si dovrebbe integralmente computare nel cumulo dei legati per statuire l' entità della Falcidia. A tali risultati arriva logicamente il Bernstein [1]; ma non corrobora opportunamente così gravi asserzioni.

Egli si appoggia specialmente su

D. 35, 2, 86 (Iul. 40 *digest.*): « Titia testamento suo Titium fratrem suum ex parte tertia heredem instituit fideique eius commisit, ut hereditatem, retenta quarta parte, Secundae et Proculae restituat: eadem fratri quaedam praedia praelegavit: quaero, an Titius ea quae praelegata sunt etiam pro ea parte hereditatis, quam rogatus est ⟨ut restitueret *ins.* Mo.⟩, restituere an integra retinere debeat. *respondi Titium legata integra retinere debere*, sed in partem quartam imputari oportere duodecimam partem praediorum. sed si non esset adiectum, ut pars quarta deduceretur, totum trientem praediorum legi Falcidiae imputari oportere, quoniam contra sententiam matris familiae lex Falcidia induceretur ».

Corre per le scuole e per i libri un' interpretazione di questo frammento che ha per suo precipuo sostenitore il Cuiacio, e che a me pare tuttavia sicura. Se Tizio deve resti-

---

[1] Loc. cit., p. 113 sgg.

tuire la sua quota ereditaria, trattenendone la quarta parte (ossia $^1/_{12}$ dell' eredità intera), deve imputare nel suo quadrante un dodicesimo dei fondi prelegati. Giacchè, sebbene a rigore egli debba imputare la terza parte, pure, per il fatto che sostanzialmente la testatrice ha voluto considerarlo erede per un dodicesimo, a tanto si riduce la porzione di prelegato che è tenuto a imputare nel quadrante. Ma se la testatrice non gli ha riserbato la quarta, allora non vi ha alcuna ragione di limitare l' effetto ordinario e naturale del concorso di tali figure giuridiche: bisognerà computare tutta la terza parte dei fondi prelegati nel quadrante.

Una tale esegesi spiega molto bene il passo e, ben lungi dal contraddirla, presuppone la comune dottrina del prelegato. Essa si fonda sul presupposto che, in qualche caso, non si abbia a tener conto per ragione di equità del caducarsi di una porzione di legato per il concorrere della qualità di erede, quando l' eredità stessa non rimane all' onorato.

Un esempio analogo e degnissimo di nota parmi trovare in D. 34, 9, 18, 2. Un erede *pro parte institutus* è onorato di un *legatum praedii*, mentre *in hereditate non capienti restituendi tacitum ministerium susceperat*. Egli diventa erede, benchè a titolo di pena la quota ereditaria gli venga strappata. Papiniano conclude: « quamquam legatum *pro ipsius parte non constitisset*, ideoque portionem istam pro herede possideret, tamen ei praedium integrum esse relinquendum respondi ». È il medesimo motivo per cui l' *heres suus* che si astiene può domandare integralmente il prelegato. Ciò non si fa nel caso in cui la quarta Falcidia di una quota ereditaria restituenda si trattiene contro la volontà del testatore: poichè qui, dove già si concede all' onorato un beneficio che il testatore non gli ha voluto attribuire, il rispetto alla volontà del testatore consiglia di non applicare quel temperamento. Ma, dove la quarta è dallo stesso testatore concessa, non può negarsi che ridurre alla stregua di questa la misura degli effetti della caducità del prelegato sia un provvedimento equo e opportuno.

Il B. dà naturalmente del passo un' interpretazione affatto diversa. Egli si arresta alle parole *Titium legata integra retinere debere*, e vi insiste. Ma da queste parole non discende in alcun modo il riconoscimento della validità integrale del le-

gato di precipuo. Il testo dice che i legati si devono trattenere totalmente, ossia che essi sono del tutto esenti dalla restituzione, poichè il testatore ha detto di restituire la *hereditas*. Non così se il testatore avesse in genere ordinato la restituzione della parte dei suoi beni che al fiduciario fosse toccata (D. 36, 1, 3, 4). Ora, secondo la dottrina comune del prelegato, nella specie il prelegato si trattiene dal fiduciario nella misura intera in cui esso vale come legato; come legato dunque tutto si trattiene, e il giurista si esprime con la sua consueta esattezza. Che questa sia la vera interpretazione del testo, prova quanto segue: *sed in partem* etc.

Come si spiega con la nuova teoria questa disposizione, che nella comune dottrina è così chiara? Il B. osserva che si tratta meramente di *imputare*, che con questo computo fittizio il dodicesimo dei fondi non diventa ereditario. Tale imputazione si fa poichè altrimenti un computo della Falcidia, *deductis praeceptionibus*, diventerebbe facilmente illusorio.

Senonchè, anzitutto, *imputare in partem quartam* è appunto tecnico per indicare che un acquisto si considera avvenuto *iure hereditario*. In secondo luogo, se l'escludere le *praeceptiones* dal computo della quarta può rendere illusoria l'applicazione della Falcidia, perchè non si applica sempre tale misura? E allora dove andrebbe il preteso significato del precipuo? Perchè soprattutto, nel caso in cui il testatore non ha concesso la quarta e ha così voluto rendere minore il beneficio del fiduciario, questo viene ad essere maggiore?

Dico « viene ad essere maggiore », poichè delle ultime parole *totum trientem praediorum legi Falcidiae imputari oportere* dà il B. una singolare interpretazione. Esse non vorrebbero già dire (come generalmente si crede) che tutto il terzo dei fondi prelegati si computa nella quarta; ma, al contrario, che si computa fra i legati! Una tale interpretazione però mi sembra ben strana, non solo per ragioni intrinseche, ma anche per la condotta stessa del frammento: « in partem quartam imputari oportere duodecimam partem praediorum. sed si non esset adiectum, ut pars quarta deduceretur, totum trientem praediorum legi Falcidiae imputari oportere ». Chi può credere che *in partem quartam imputari oportere* abbia un significato diverso (e anzi opposto) del correlativo *legi Falcidiae imputari oportere*? Perchè, in ogni caso,

non avrebbe almeno il giurista detto: *tota praedia legi Falcidiae imputari oportere*? Bisognerebbe che l'espressione *legi Falcidiae imputare* fosse ben sicura e univoca, per dare qualche conforto ad una così audace interpretazione. Ma tutt'altro! In D. 35, 2, 76 pr. si dice che la *capio mortis causa* « in Falcidia non imputatur », cioè non si computa nella quarta.

È vero che in qualche testo *imputare in Falcidiam, venire in computationem legis Falcidiae* etc. si riferisce alla computazione fra i legati; ma ivi si tratta di casi in cui non può cadere dubbio sul significato. Può anzi dirsi che in quei testi si tratti solo se debba o no farsi il computo per la Falcidia. Ora, tale computo deve farsi ogni volta che siamo in presenza di un legato. Ciò spiega certe ambiguità di espressioni, come per esempio in D. 35, 2, 81 pr., ove Gaio insegna che *ususfructus legatus venit in computationem legis Falcidiae* (cioè si tien calcolo per la Falcidia anche di un legato di usufrutto), in confronto con D. eod. 60 pr., dove si dice che *in computationem legis Falcidiae non venit* quanto *legatorum nomine obvenit*, e cioè con manifesta relazione alla quarta.

Che nel caso nostro quest'unica relazione possa ammettersi provano luminosamente: *a)* l'esplicita menzione precedente della quarta; *b)* la menzione del triente dei predii anzichè dei predii interi; *c)* la stranezza del risultato che altrimenti si avrebbe. L'unico testo, dunque, che si è creduto di addurre per quelle pretese conseguenze del legato di precipuo, si riferisce invece a un prelegato come noi l'intendiamo, e non si spiega che con la dottrina di esso; e così raccogliamo una novella prova del vero significato di *praelegare* presso i giuristi romani.

Se il precipuo si acquista integralmente a titolo di legato, nè ha luogo parziale caducità proporzionale alla quota di restituzione, nel caso di più prelegatari congiunti, cessa il motivo per cui ciascuno di questi abbia ad avere una porzione maggiore o minore secondo che minore o maggiore sia la sua quota di istituzione. Anche questo è affermato dal B. [1], il quale arriva anzi a dubitare che nel caso di legato di precipuo lasciato a più onorati *coniunctim* avesse luogo in genere

---

[1] Loc. cit., p. 117 sgg.

ius adcrescendi, quando l' acquisto da parte di alcuno fra essi non si avverasse.

Il B. prende le mosse da Gai. 2, 223: « Sive tamen heredibus secundum nostrorum opinionem, sive etiam extraneis secundum illorum opinionem duobus pluribusve eadem res coniunctim aut disiunctim legata fuerit, singuli partes habere debent ».

Le *partes,* egli osserva, devono qui assumersi uguali. Ora, ciò è conforme alla dottrina comune, la quale ammette che le parti che effettivamente si acquistano ai singoli onorati siano diverse, se diverse sono le rispettive quote di istituzione. Non può, soggiunge egli, da un lettore spregiudicato intendersi il passo gaiano in altro senso di quello che a ciascun precipiente competa ugual porzione del precipuo.

Ma qui vanno osservate più cose. Anzitutto Gaio nelle sue Istituzioni evita del tutto la difficile dottrina del prelegato, cui riserva una trattazione meno elementare; si comprende, pertanto, come egli siasi accontentato di porre qui il principio fondamentale e verissimo, comune al caso in cui i precipienti siano eredi e a quello in cui siano estranei, che cioè ciascuno ha diritto a una porzione virile, dal momento che le eventuali deficienze e i correlativi accrescimenti non derivano che dalla reazione del titolo ereditario. A me, ripeto, una simile spiegazione non sembra inadeguata, dato il proposito dell' autore. Ma non è neppure necessaria. Il confronto fra Gai. 2, 199; 205; 215 prova che lo scopo precipuo di Gaio (il quale del *ius adcrescendi* non si occupa che incidentalmente) era di indagare, se vi fosse differenza di trattamento fra il caso di più collegatari congiunti e quello di più collegatari disgiunti. Come è noto, tale differenza esisteva per unanime consenso nell' ipotesi di un legato *per damnationem,* dove ciascuno dei collegatari nominati in separata orazione aveva diritto all' intero oggetto o in natura o nell' equivalente pecuniario, mentre i collegatari nominati in congiunta orazione avevano solo diritto a *partes*; differenza vi era pure per il legato *sinendi modo*, benchè questa differenza venisse statuita dagli autori in diversa maniera.

Ciò che quindi preme è di stabilire se ciascuno può chiedere *solidum* o se solo *singulis partes debentur*: e acconciamente Gaio insegna che « si – – duobus pluribusve eadem

res *coniunctim aut disiunctim* legata fuerit, singuli partes habere debent ».

Insistere sul punto che *partes* può significare soltanto « parti virili » non è giustificato; benchè, se anche fosse stato il concetto dell'autore, ciò si potrebbe benissimo spiegare, come si è visto. Nel § 199 si dice: « si duobus pluribusve per vindicationem eadem res legata sit, sive coniunctim sive disiunctim, et omnes veniant ad legatum, partes ad singulos pertinere »; ma nulla dice che si tratti di parti uguali, se, per es., il testatore lega il fondo Corneliano a Primo e Secondo insieme e poi, separatamente, a Terzo [1]; sempre è vero che ciascuno non ha diritto che ad una *pars* e non può (finchè gli altri vengono al legato) *solidum petere.*

Nè osta in verun modo alla nostra dottrina (anzi la conferma) un testo di Papiniano da noi già esaminato, che pur viene addotto dal B.:

D. 33, 7, 2 pr. (Papin. 7 *respons.*): « Cum pater pluribus filiis heredibus scriptis duobus praeceptionem bonorum aviae praeter partes hereditarias dedisset, pro partibus coheredum viriles habituros legatarios placuit ».

I singoli collegatari hanno diritto di chiedere ai coeredi parti uguali correlativamente alle quote di essi, e ciò è verissimo anche per la comune dottrina del prelegato. Papiniano vuole appunto escludere il dubbio che le porzioni di prelegato dovessero commisurarsi a quelle della quota di istituzione dei prelegatari: dubbio che non sarebbe stato del tutto irragionevole (cfr. per es. D. 36, 1, 24 [23]). Del resto, come già dicemmo a suo luogo, Papiniano limita l' uguaglianza alle porzioni che i precipienti domandano ai coeredi; per quelle relative alle rispettive quote d' istituzione si presuppone senz' altro l' applicazione delle regole del prelegato, ossia deficienza e conseguente accrescimento.

Il B. arreca qui anche un testo di Gaio:

D. 30, 67, 1 (Gai. 1 *de leg. ad ed.*): « Si ex pluribus heredibus ex disparibus partibus institutis duobus eadem res legata

---

[1] La questione è dibattuta. Io dico solo che dal passo di Gaio nulla si può arguire in proposito.

sit, heredes non pro hereditaria portione, sed pro virili id legatum habere debent ».

Il passo è inteso a dirimere lo stesso dubbio che dirime Papiniano [1]. Nulla dice poi che si trattasse di un legato di precipuo: voglio dire, secondo le idee di chi tale legato ammette. Si dirà che forse fu omesso dai compilatori qualche cosa che accennava a tale legato; ma non potrebbe più facilmente supporsi che i compilatori abbiano soppresso, per es., le parole *per damnationem*, nel qual caso il testo si chiarirebbe facilmente?

Che poi, in genere, nel supposto legato di precipuo non avesse luogo verun accrescimento, è cosa inconciliabile con il fatto (riconosciutc pure dal B.) che i singoli collegatari acquistano *concursu* il dominio di parte della cosa legata; che in ogni caso essi acquistano il loro diritto immediatamente e direttamente; che i proculiani considerano applicabile il *legatum praeceptionis* agli estranei come ordinario legato di proprietà. Il chiaro giurista tedesco si fonda [2] sopra un testo di Scevola:

D. 31, 88, 3 (Scaev. 3 *respons.*): « 'Quisquis mihi heres heredesve erunt, hoc amplius Lucius Eutychus, quam quod eum heredem institui, e media hereditate sumito sibique habeto una cum Pamphilo, quem liberum esse iubeo, instrumentum tabernae ferrariae, ita ut negotium exerceatis'. Lucius Eutychus viva testatrice decessit, pars hereditatis eius ad coheredem pertinuit: quaero, an Pamphilus eodem testamento manumissus ad petitionem *partis instrumenti* admitti possit, licet taberna, ut voluit testatrix, exerceri non possit. respondi admitti ».

Qui è tanto più difficile seguire il B., in quanto che la formola *sumito sibique habeto* crea per diritto romano il legato *per vindicationem* e le parole *e media hereditate* non possono (ciò contrasterebbe con tutto lo spirito del formalismo romano) modificarne in questo senso l'efficacia. È singolare come

---

[1] Cfr. *Legati e fedecommessi*, p. 219.
[2] Loc. cit., p. 123 sg.

all' acuto sguardo del romanista berlinese sia sfuggita la vera ragione delle decisione. Il legato fatto a un servo manomesso nel testamento *cedit ab adita hereditate*. Da parte di Eutico il legato s' è reso deficiente prima della morte della testatrice e questa parte (non essendovi in quel tempo chi potesse acquistare un diritto di legato) è rimasta nella eredità, non ha trovato su di essa alcun diritto anteriore e il diritto di accrescimento non ha potuto esplicarsi.

Finalmente, sostiene il B. che rispetto alla Falcidia il legato di precipuo fosse privilegiato nel senso che la quarta dovesse dedursi a spese degli altri legati e, solo ove questi non bastassero, a spese delle *praeceptiones*. Ciò è in coerenza con la sua dottrina, per la quale il precipuo deve anzitutto dedursi dalla massa ereditaria.

Testi in proposito non ci sono. È chiaro che noi, che non accettiamo le premesse, non possiamo accettare le conclusioni. Nulla osta, che a proposito di un prelegato (come a proposito di qualsiasi altro legato), il testatore dia a conoscere la sua intenzione che esso sia risparmiato dalla Falcidia a spese degli altri legati; ma, ove tale intenzione non si manifesti, esso deve andar soggetto al trattamento comune.

Studi sul "legatum optionis" (*).

SOMMARIO

(*) [Memoria presentata al R. Istituto Lombardo di scienze e lettere nella seduta del 26 febbraio 1885, e pubblicata nelle *Memorie* di detto Istituto, vol. 17, 1885, pp. 179-219. Vedine un sunto dell'A. in *Rendiconti dell' Istit. Lomb.*, ser. II, vol. 18, 1885, p. 312. Si tenga particolarmente presente la trattazione dell'*optio legata* in FERRINI, *Teoria generale dei legati e dei fedecommessi*, specialmente a p. 249 sgg.].

Capitolo I.

Il *legatum optionis*.

1. L'unico legato che deriva direttamente dalla legge delle XII tavole è il *legatum per vindicationem*: quello cioè che trasmette direttamente nel legatario il dominio della cosa legata.

Ulp. 19, 17: « Lege nobis adquiritur - - - legatum ex lege duodecim tabularum, sive mancipi res sit (*cod.* sint) sive nec mancipi » (1).

Era dunque il *legatum ex lege duodecim tab.* uno dei modi per cui la proprietà si trasmetteva in forza di solenni parole (2). La formola antica di questo legato è *Titio hominem*

---

(1) Cfr. anche le parole della legge: " uti legassit... *suae rei* „; la disposizione del testatore si riferiva direttamente alla cosa, non all'erede.

(2) Il *legatum per vindicationem* poteva riferirsi solo a quelle cose che e al tempo del testamento e a quello della morte del testatore si trovassero in dominio quiritario di questo. Solo più tardi la giurisprudenza ammise una eccezione per le *res quae pondere numero mensura constant* (Gai. 2, 196; Ulp. 24, 7). Le angustie del *legatum per vindicationem* mossero la giurisprudenza ad escogitare le altre due forme del *legatum per damnationem* e del *legatum sinendi modo*. Non credo di errare ritenendo (nonostante la comune opinione contraria: vedi, per es., Arndts in Weiske's *Rechtslex.*, VI, p. 280) che il *legatum sinendi modo* sia una forma anteriore a quello *per damnationem*: esso è di natura intermedia, e ciò spiega anche le controversie dei giureconsulti (Gai. 2, 212-15). Si comprende benissimo come il testatore, volendo lasciare una cosa che apparteneva all'erede o che intendeva acquistare egli stesso, ma che intanto non aveva, o sulla quale non aveva che il dominio bonitario, condannasse l'erede a permettere che il legatario si prendesse la cosa. Ma non si può comprendere come questa forma potesse sorgere e disciplinarsi dopo che era in uso il *legatum per damnationem* o *optimo iure*, che concedeva di conseguire tali scopi più sicuramente e speditamente. Mi pare adunque naturale ammettere che il *leg. sin. m.* sorgesse prima di quello *per damnationem*; quando questo entrò nell'uso, esso dovette cedergli a poco a poco il terreno. Non è così meraviglia che di questa forma di legato si trovino tanto scarse reliquie nelle fonti, e che su questioni essenziali i giureconsulti classici non sieno pervenuti ad una soluzione (che non avrebbe avuto un grande interesse pratico). Pare che ai tempi classici si legasse *sinendi modo* quasi solo la *liberatio*: cfr. Paul. *Sent.* 3, 6, 11 e D. 34, 3, 16. Un'altra origine del *legatum sinendi modo* ha proposto il Huschke in una nota assai concisa nella *Jur. anteiust.*[4],

Stichum do lego: solo più tardi vennero aggiungendosi altre espressioni, ammesse dalla giurisprudenza, come *sumito, sibi habeto, capito* (cfr. Gai. 2, 193. Ulp. 24, 3; cfr. 24, 14) (1). Quando tali espressioni cominciarono ad ammettersi, è incerto: mi pare però indubitato che esse fossero già in uso allorchè sorse il *legatum sinendi modo* (2).

Analoga è l'antica forma di *tutoris datio*, che si basava sulla stessa legge delle XII tavole: *Lucium Titium liberis meis* (vel *uxori meae* Hu.) *tutorem do* (Gai. 1, 149; cfr. 2, 289. Iavol. 8 *ex post. Labeon.*, D. 26, 2, 33. Instit. Paraphr. 1, 14, 1 etc.); l'altra formola *tutor esto* data appena dall'epoca degli Antonini (Gai. ll. cc.: cfr. Paul., D. 26, 2, 32, 2) (3).

---

p. 141. In Val. Probo, *Notae iur.*, cod. Einsiedl. 326, si legge: " S. N. P. M. S. R. S. S. Q. H. = sine praesumere sibique habere ". Il HUSCHKE vorrebbe leggere: " si non potest mancipare *sinito rem* sumere sibique habere ". Il testatore avrebbe usato questa formola nel caso che avesse legato *per damnationem*. Se non che la cosa è troppo incerta, e nemmeno probabile. Nel caso che non si potesse mancipare la cosa, bastava consegnarla (*tradere*): il legatario non poteva usucapirla (vedi Gai. 2, 204). Ammettendo poi che il *legatum sinendi modo* si svolgesse in tal maniera da una clausola aggiunta alla formola del *legatum per damnationem*, non si comprende davvero come potesse questa clausola cristallizzarsi in una forma speciale di legato, così ambigua ed incomoda, quando era già tanto diffuso il legato *optimo iure relictum*. ⟨Una curiosa notizia sul legato *sinendi modo* si trova nella Glossa di Colonia alle Istituzioni, testè pubblicata dal CONRAT (Cohn) in *Archivio giuridico*, 34, 1885, p. 105 sg. È al num. 66, p. 114: " *sinendi modo*: cum liberatio debiti legabatur ". Forse in questa notizia è traccia di antica tradizione (aggiunta del F. in *Mem.* cit., p. 219)⟩. [Vedi FERRINI, *Legati e fedecomm.*, p. 14 sg.; in *Bull. dell' Ist. di dir. rom.*, I, 1885, p. 121 sg. (= *Scritti*, IV, p. 203 sgg.); in GLUECK, *Comment.*, lib. XXX-XXXII, parte I, p. 16, contronota *a*; *Ricerche sul legatum sinendi modo*, in *Rendiconti dell' Istit. lombardo*, serie II, 33, 1900, pp. 1213-1239 (= *Scritti*, IV, pp. 217-236); *Pandette*, p. 805 sg.].

(1) Cfr. VOIGT, *Ius naturale*, III, p. 329.

(2) " Heres damnas esto sinere Lucium Titium hominem Stichum *sumere sibique habere* ". Così il *legatum sinendi modo* si riannoda anche nella forma al *legatum per vindicationem*, e s' ha una riprova di più di quanto asserivo nella nota [2 di p. 270].

Nella Parafrasi greca delle Istituzioni la formola è: δίδωμι τῷδε νομίσματα ρ′; non δίδωμι καὶ ληγατεύω (2, 20, 2). Probabilmente, quando l'archetipo della Parafrasi (il κατὰ πόδας gaiano) fu scritto, la voce ληγατεύω non era ancora penetrata nella lingua giuridica dei Greci, e però la traduzione dovè rimanere imperfetta per mancanza di termine corrispondente.

(3) Cfr. VOIGT, *Ius naturale*, III, p. 29.

A proposito della *datio testamentaria tutoris,* l'antica giurisprudenza ammise che il marito potesse lasciare alla moglie l'*optio* del suo tutore in modo più o meno pieno (Gai. 1, 150-154: che tutta questa giurisprudenza pendesse dall'interpretazione della famosa norma *uti legassit* etc., vedi Ulp. 11, 14):

« Titiae uxori meae tutoris optionem do ».

« Titiae uxori meae tutoris dumtaxat semel (*opp.* dumtaxat bis) do ».

La formola *tutoris optionem do* è certamente la più antica, poichè si adatta perfettamente al tipo dell'altra: *tutorem do.* Se in origine anche per la *datio tutoris* invece di *do* si usasse *do lego*, non si può decidere con sicurezza: la cosa è però probabile, e la voce *lego* potè qui essere omessa quando diventò specificamente tecnica per il vero legato. Può darsi anche che, in tempo più recente, accanto alla espressione *optionem do* sia venuta in uso l'altra più semplice *optato*: nelle scarsissime notizie però che ci rimangono intorno all'*optio tutoris* nulla di simile ci è tramandato. Ha tuttavia torto, a mio avviso, il Voigt [1] quando afferma che *optato* sarebbe stata espressione più antica di *optionem do,* e quando da Livio 39, 19, 5 vuole argomentare che la formola *optato* non esistesse. Infatti abbiamo già visto che la frase *optionem do* si combina mirabilmente con il tipo originale della *tutoris datio,* e però si deve ritenere essa pure originale; come poi dal passo di Livio (« utique Feceniae - - - tutoris *optio* - - esset, quasi ei vir testamento *dedisset* ») si possa ricavare un argomento per tal questione, non so vedere. Come diremo più avanti, la frase *optionem dare* si usava nel vero *legatum optionis,* quando la formola di questo era sicuramente *optato* (Ulp. 24, 14. D. 33, 5, 2 pr., 2; 8, 2; 9, 1-2; 11; 15; 17). Cfr. pure la frase *dare electionem,* nella formola del legato *elegito* (D. 33, 5, 2, 3; 4; 12 etc.).

2. Come dalle parole *uti legassit*, *super pecunia tutelave, suae rei, ita ius esto* [2], l'*interpretatio* seppe ricavare la *tutoris*

---

[1] *Die XII Tafeln,* I, p. 232 n.

[2] Tab. V, fr. 3 (SCHOELL); IV, 1 (VOIGT). Abbiamo seguito la punteggiatura voigtiana, che ci pare l'unica corretta.

datio, e la *tutoris optionis datio*, così seppe ricavare due formole parallele di legato in senso stretto: una per il legato semplice, l'altra per il legato generico e alternativo. Accanto alla formola semplice già vista: « Titio hominem Stichum do lego », sorse l'altra: « Titio ex mea familia hominis optionem do lego » [1]. Questa formola dovette presto cedere il campo all'altra più semplice: « Titius ex mea familia hominem optato », ovvero, per il legato alternativo: « Attia uxor mea optato Philargyrum puerum, Agatheam ancillam ».

A torto pretende il Bernstein [2] che nell'ultima formola *optare* significhi « die blosse *agnitio* bei einem einfachen Legat ». Questo esempio è molto antico [3], e data da un tempo in cui si era rigorosissimi nell'esattezza delle formole: l'assenza della particella disgiuntiva non formerà certo una difficoltà per chi è versato nello stile degli antichi monumenti giuridici [4].

Invece per il *legatum optionis* generico si veda la Parafrasi greca (2, 20, 23 ed. Fe., p. 220): « optίωn δέ ἐστιν, ἡνίκα οὕτως εἶπεν ὁ testatωr· *optato Titius ex mea familia unum servum* ». Non so come questa opportunissima testimonianza sia sfuggita al Bernstein ed al Voigt: lo schema offerto dalla Parafrasi deriva certo da buona e antica fonte (cfr. Iavol. 2 *ex Cassio*, D. 33, 5, 14).

3. Se non che anche queste formole dovettero col tempo ammettere delle modificazioni [5]. Infatti cominciò ad aggiungersi *elegito* a *optato*, abbondanza di parole che ricorda il *su-*

---

(1) Questa formola non ci è, a dir vero, riferita nelle fonti: riposa però su una sicura analogia. Un pensiero simile ebbe anche il BERNSTEIN, *Zur Lehre vom leg. opt.*, in *Ztschr. d. Sav.-St.*, 1, 1880, p. 162, il quale però non fa che accennare alla possibilità che esistesse una forma di *leg. opt.* analoga a quella della *tutoris optionis datio.*

(2) Loc. cit., p. 164.

(3) È in Alfeno apud Paul. (vedi D. 35, 1, 28, 1); ma il *respondit* va riferito senz'altro a Servio Sulpicio. Invece questo esempio è apprezzato correttamente dal VOIGT, *Die XII Taf.*, I, p. 232 n. 35.

(4) Vedi, per un esempio fra molti, la *Lex Acilia repet.*, 8, 16, cet.

(5) Vedi anche le osservazioni del VOIGT, *Ius nat.*, III, pp. 29 e 329.

mito sibique habeto. Ulpiano (24, 14) dà questo schema: « ⟨Titius⟩ hominem optato elegito ».

Presto si venne anche ad altre formole, in cui l'*optio* viene accennata solo in un modo indiretto. Un esempio interessante mi par quello che si legge in D. h. t. 20 (Labeo 2 *poster. a Iav. epit.*) ed è preso dal lib. I dei Digesti di Aufidio Namusa:

« Apud Aufidium libro primo rescriptum (l. *responsum* o *relatum*) est: cum ita legatum est '*vestimenta, quae volet, triclinaria sumito sibique habeto*', si is dixisset *quae vellet*, deinde *rell.* (¹).

Una formola analoga per il legato alternativo troviamo in D. h. t. 9 pr. (Iul. 32 *digest.*): « Titio Stichum aut Pamphilum, *utrum eorum volet*, do lego ». Lo stesso Giuliano dichiara ammissibile ed equipollente a questa l'altra formola: « Titio Stichum do lego, *si Pamphilum non elegerit* ». L'*electio* qui è data e accennata, ma in frase indiretta e negativa. Ai giureconsulti dell'età repubblicana sarebbe parsa affatto inutile la menzione di Panfilo: essi esigevano che ogni legato fosse espresso positivamente.

Possiamo ora farci la domanda se anche un legato di proprietà alternativo o generico, in cui non sia in verun modo accennato che la scelta spetti al legatario, ma ciò sia sottinteso come inerente alla natura del legato, possa costituire un *legatum optionis*.

Il citato frammento di Ulpiano (24, 14) dice:

« Optione autem legati per vindicationem data, legatarii est electio, veluti: '⟨*Titius*⟩ *hominem optato elegito*', idemque est et si tacite – – (*lacuna*) – – hominem *rell.* – – (*lacuna*) – – ».

Il Huschke (²), seguendo il Lachmann, supplisce: « et si tacite ⟨data sit optio, hoc modo: 'Titio⟩ hominem ⟨do lego'⟩ *rell.* ». Da questa ricostruzione parrebbe possibile un'*optio tacita*: se non che una tale ricostruzione non è punto sicura.

(¹) Già ai tempi di Cicerone era in uso una formola consimile per lasciare al legatario la scelta in un legato di obbligazione (*de inv.* 2, 40, 116): " heres meus uxori meae vasorum argenteorum pondo centum, *quae volet*, dato ": probabilmente questa formola servì di modello alla nostra.

(²) *Iurispr. anteiust.*⁴, p. 589.

Più forte argomento si potrebbe recare, osservando che in qualche passo delle fonti, ov' è parola di siffatto modo di legato, si usano le voci *optio, optato*: cfr. per es. D. h. t. 10 (Iul. 34 *digest.*) etc. Ma contro tale osservazione stanno troppi argomenti ([1]):

a) in più luoghi delle fonti il *legatum generaliter relictum (per vindicationem)* si contrappone al *legatum optionis vel electionis*; ricordiamo

D. h. t. 2 pr., 1 (Ulp. 20 *ad Sab.*): « Quotiens servi electio vel optio datur - - - sed et homine generaliter legato *rell.* »

D. h. t. 9, 1 (Iul. 32 *digest.*): « - - si - - *optio servi data esset*, vel *servus generaliter legatus* esset *rell.* »

b) per questo modo di legato si enunciano in più luoghi regole che non si confanno al *legatum optionis*; per es. D. 36, 2, 12, 7 (Ulp. 23 *ad Sab.*); D. 30, 37 pr. (Ulp. 21 *ad Sab.*);

c) nelle formole *optato, elegito, quae volet* etc. si accentua sempre la personalità e l'ampiezza della scelta, ciò che costituisce appunto il carattere dell' *optio*. Si deve determinare il legato da una certa persona, come piace a questa: e tale scelta, lasciata pienamente al suo arbitrio, è anche eminentemente personale. Nulla di ciò si può vedere in una formola del tipo: *Titio hominem do lego*. Qui è lasciato un servo (che si deve supporre di media qualità) e la scelta (entro tali limiti) è concessa al legatario, solo perchè è giusto che debba egli stesso determinare l' oggetto della *rei vindicatio*, che senza tale determinazione sarebbe impossibile (cfr. D. 30, 108, 2); ma questo diritto non è punto necessariamente personale. Nel *legatum optionis* abbiamo l' offerta generica di un diritto, che il legatario deve determinare: qui invece l' offerta di un diritto generico, che si può e si deve specificare, ma che intanto si acquista subito e si trasmette ([2]).

([1]) Benchè non mi consti che l'argomento sia mai stato trattato *ex professo*, parecchi pandettisti, specie antichi, identificano senz'altro il *legatum* generico di proprietà al *leg. optionis*, correttamente si esprimono per es.: Mackeldey, § 710 e Arndts-Serafini, III², 306 sq.

([2]) Si possono, per analogia, confrontare gli effetti che sul legato semplice ha l' aggiunta dell' ipotesi " si volet „ " si voluerit „ (D. 30, 65, 1.

Se dunque in qualche passo delle fonti, ov'è parola di questo legato, si usano voci come *optare* ed *optio*, ciò non costituisce che una lieve improprietà di linguaggio: e lo stesso dovrebbe pure ripetersi nel caso che i supplementi lachmanniani e huschkiani al passo ulpianeo fossero attendibili.

Quello poi che mi pare degno d'esser notato si è che questa forma di legato di proprietà « generaliter relictum » non cominciò ad usarsi che assai tardi. Una prova evidentissima di tale nostra asserzione offre

D. 30, 108, 2 (Afric. 5 *quaest.*): « Cum *homo Titio legatus esset*, quaesitum est, utrum arbitrium heredis est, quem velit, dandi, an potius legatarii. respondi verius dici electionem eius esse, cui potestas sit qua actione uti velit, i. e. legatarii ».

Se tale forma di legato fosse stata d'uso comune al tempo di Africano (o di Giuliano), pare impossibile che si dovesse ricorrere all'autorità di un grande giureconsulto per sapere se in un legato di genere la scelta spettasse all'erede o al legatario, che il giurista non rispondesse senza alcuna titubanza (*verius dici*), e che inserisse nelle *Quaestiones*, come importante, siffatto responso. Ma tutto è facilmente spiegato qualora si pensi che questa forma di legato fosse a quei tempi accolta di recente nell'uso [1]. Tale processo storico è

35, 1, 69). Com'è notissimo, non è questo uno di quei legati che " sub condicione datum purum intellegatur „ (D. 35, 1, 107, cfr. D. 30, 3 cet.), come si potrebbe credere; poichè " condicio *personae* iniuncta videtur „.

[1] Forse il responso è di Giuliano, e allora si dovrebbe leggere " respondi(t) „. In proposito è interessante un passo di Ulpiano (21 *ad Sab.*), D. 30, 37 pr.: " *Legato generaliter relicto, veluti hominis*, Gaius Cassius scribit id esse observandum, ne optimus vel pessimus accipiatur „. Se si riferisse davvero a un legato di proprietà, il passo dimostrerebbe che la forma di cui si parla nel testo risale almeno ai tempi di Tiberio. Ma è assai più probabile (confrontando il passo d'Africano) che il parere di Gaio Cassio si riferisse a un legato di obbligazione (cfr. D. 30, 110) e venisse da Ulpiano applicato al legato generico di proprietà. ⟨Del frammento di Africano si dà un'altra spiegazione, ammettendo che ivi si discorra di un legato *per vindicationem* salvato mediante il sen. cons. Neroniano. Tale spiegazione è assai ingegnosa: non trova però conferma nelle parole del testo, che a stento lasciano supporre un'alterazione dei compilatori. Il frammento dà buon senso anche interpretato così: " la scelta va data al legatario, che, dovendo rivendicare la cosa, deve aver facoltà di formulare la sua azione „. Stante la grande importanza che la descrizione

anche confermato dal riflesso che l'idea della semplice offerta d'un diritto generico dovette penetrare assai più tardi che non l'altra dell'offerta generica di un diritto semplice.

4. Il *legatum optionis* continua però a mantenersi, fedele alla sua origine, un *legatum per vindicationem*. Nelle fonti al *legatum optionis* si accompagna regolarmente l'idea di *vindicatio*:

D. 10, 4, 3, 6: « Item si optare velim servum vel quam aliam rem, cuius optio mihi relicta est, ad exhibendum me agere posse constat, ut exhibitis *possim vindicare* » (1).

Il Bernstein tuttavia ne dubita (2). Egli si domanda se in D. 10, 2, 18 pr. e in D. 32, 34, 1 non si contenga un *legatum optionis per damnationem*. Vediamo questi due frammenti.

D. 10, 2, 18 pr. (Ulp. 19 *ad ed.*): « His consequenter Iulianus ait: si ex pluribus heredibus uni servus sit generaliter per optionem legatus et heredes Stichum tabulas hereditarias interlevisse dicant vel corrupisse et propter hoc renuntiaverint, ne optaretur servus, deinde *optatus vindicetur*, poterunt, si eis *vindicetur*, doli mali exceptione uti et quaestionem de servo habere ».

Non so davvero come al Bernstein sembri di vedere in questo passo un *legatum per damnationem*: a me pare di trovarvi tutto il contrario (3).

D. 32, 34, 1 (Scaevol. 16 *dig.*): « Filio ex parte heredi scripto praeceptionem dedit inter cetera his verbis: ‘ *Titio filio meo nomina ex kalendario, quae elegerit filius meus sibi, viginti dare damnas sunto sine dolo malo* ’ ».

È questo certamente un legato *per damnationem*, in cui la scelta è per espressa volontà del testatore lasciata al lega-

---

delle cose ha nella *intentio* della *rei vindicatio*, poteva benissimo Africano dire *qua actione* (forse nell'opera genuina di Africano: *intentione*) *uti velit* per dire " quale oggetto voglia rivendicare „. (Aggiunta del F. in *Memorie* cit., p. 219)⟩.

(1) Vedi anche D. 10, 4, 3, 10; D. eod. 10; 12, 2; D. 33, 5, 8, 1; D. eod. 10.

(2) Loc. cit., p. 161 e p. 194.

(3) Dubito che il Bernstein abbia a questo punto confuso le sue schede.

tario, mentre senza questa manifesta volontà essa sarebbe stata in facoltà degli eredi. Ma è pur certissimo, d' altra parte, che non si tratta di un *legatum optionis*. Infatti (e questo argomento mi pare decisivo contro il Bernstein), l' *optio* non è semplice àtto di scelta, ma nel contempo è pure (come vedremo) modo d'acquisto. Ora, è risaputo che, qualora in un legato *per damnationem* l'elezione sia data al legatario, questi scegliendo non acquista già la proprietà della cosa, ma solo determina l' obbligazione dell' erede.

Pare che la possibilità di un *legatum optionis per damnationem* sia ammessa anche dal Huschke. Così almeno sembra doversi argomentare dal modo con cui egli integra [1] il testo ulpianeo già più volte addotto:

Ulp. 24, 14: « Optione autem legati per vindicationem data - - - legatarii est electio - - -. ⟨*si vero per damnationem,* velut⟩ ' heres ⟨meus damnas esto Titio⟩ hominem dare ', heredis electio est, ⟨quem⟩ velit dare ».

Una tale ricostruzione mi pare tuttavia impossibile. L'*optio per vindicationem data* non richiama certo necessariamente l'antitesi dell' *optio per damnationem*. Rinunciando a restituire le parole di questo disgraziato frammento, faccio osservare come dalle sue rovine se ne manifesti ancora chiaramente il senso. Ulpiano, dopo aver parlato dell'ipotesi che una cosa venga legata a più persone, passa a parlare di quella in cui più cose concorrano nel legato fatto a una persona sola [2]. E comincia col dire che fra queste cose la scelta compete al legatario per regola nel legato *per vindicationem*, sia che questo contenga espressa la formola dell' *optio*, sia che tale formola non siavi espressa. Dice quindi che, tutto al contrario, la scelta spetta all' erede per regola generale nel legato *per damnationem*. Ulpiano potrebbe avere scritto: « ⟨quod si per damnationem est legatum, veluti⟩ heres *rell.* ».

5. Si osserva tuttavia [3] che dopo il senatoconsulto Neroniano dovette ammettersi anche un *legatum optionis per dam-*

---

(1) *Iurispr. anteiust.*⁴, p. 588 sg.

(2) Bene questo nesso è riconosciuto dal HUSCHKE, loc. cit., p. 588 nota *ad v.* ' autem '.

(3) BERNSTEIN, loc. cit., p. 194.

nationem. Un legato *per vindicationem*, che avrebbe dovuto essere inefficace per non essere stato l' oggetto *ex iure Quir.* del testatore al tempo del testamento e della morte, veniva — com' è noto — salvato « proinde - - atque si optimo iure relictum esset » [1], cioè come se la cosa fosse legata *per damnationem*. Pongasi, si aggiunge, che il legato così salvato fosse un *legatum optionis*: ed ecco senz' altro un *legatum optionis* che si fingeva *per damnationem relictum*.

Ma io non so vedere la necessità di cosiffatta illazione. Il legato è ritenuto valido, come se lasciato *per damnationem*: con ciò la *optionis datio* perde *ipso iure* la sua efficacia e tutt' al più si parifica alla dichiarazione, che può aver luogo in un legato *per damnationem*, che la scelta deve competere al legatario (cfr. D. 32, 34, 1). Il legatario sceglierà l' oggetto, ma con quella scelta non farà che limitare e determinare l'obbligazione dell'erede, senza acquistare la proprietà della cosa; nè quella scelta avrà i caratteri e le funzioni che, come vedremo, spettano all' *optio*.

Un caso analogo è ricordato in

Vat. fr. 85: « Si tamen per damnationem ususfructus legetur, ius adcrescendi cessat: non inmerito, quoniam damnatio partes facit. proinde si rei alienae ususfructus legetur et ex Neroniano confirmetur legatum, sine dubio dicendum est ius adcrescendi cessare *rell.* ».

Ecco adunque come il legato venga salvato, ma perda l' efficacia propria della sua forma originaria e gli speciali vantaggi che ne derivano, per non produrre altri effetti che quelli del legato *per damnationem*.

Siccome però era nelle tendenze della giurisprudenza classica di allargare l' efficacia del senatoconsulto Neroniano [2] (poichè si tendeva ad emanciparsi sempre più dal giogo del

---

[1] Gai. 2, 197: cfr. Ulp. 24, 11ª; Vat. fr. 85.

[2] Vedi la reazione di Giuliano e Sesto (Cecilio ?) contro Sabino in Gai. 2, 218. Anche la relazione, che Ulpiano (24, 11ª: leggasi " minus ratis verbis „ o " minus rectis, aptis, iustis *cet.* „ come più aggrada) dà del senatoconsulto Neroniano, è più favorevole a tali ampliamenti, che non quella data da Gai. 2, 197-198. Come si può vedere più avanti nel testo, questa tendenza nei giureconsulti comincia a manifestarsi sotto Traiano.

formalismo), così non dubito che anche il nostro caso avrà in seguito subìto un più benigno trattamento.

Il citato frammento Vaticano dice anche:

« An tamen in Neroniano, *quoniam exemplum vindicationis sequimur*, debeat dici, *utilem* actionem, amisso usufructu ab altero, alteri dandam, *quaeri potest*: et *puto secundum Neratium admittendum* ».

Appare da queste parole come i giureconsulti classici — dal tempo di Traiano (Nerazio) in avanti — cercassero di salvare non solo la sostanza del legato, il che si raggiungeva secondo il senatoconsulto con l'ammettere che esso fosse lasciato *per damnationem*, ma anche i vantaggi aderenti alla forma, e ciò per mezzo di azioni utili (secondo ogni verosimiglianza *ficticiae*). Così si potè concedere al legatario una *utilis rei vindicatio* (1) per conseguire direttamente e da ogni terzo possessore la cosa legata.

Noi non osiamo ricostruire la formola, e nemmeno decidere con assoluta certezza se essa dovette essere *in factum* o *per fictionem*: la seconda alternativa è però altamente probabile.

Tracce di questa *rei vindicatio utilis* si trovano nelle fonti, in tutti quei passi in cui si dice che da un legato *per vindicationem* discende, in una con l'azione reale, la personale. Questi non possono essere altri casi che quelli in cui un legato *per vindicationem* è salvato per il senatoconsulto Neroniano; secondo quanto si è detto, all' *actio* personale *ex testamento* venne aggiungendosi per impulso della giurisprudenza una *utilis in rem actio*. Ne diamo qualche esempio.

D. 30, 33 (Paul. 3 *reg.*): « Si pluribus eadem res legata fuerit - - - etiamsi alter *vindicet*, alter *ex testamento agat, rell.* ».

D. 30, 84, 13 (Iul. 33 *dig.*): « Si is, cui legatum fuerat, antequam constitueret *qua actione uti vellet* decessit duobus heredibus relictis - - - quamdiu alter *rem vindicare* vult, alter in *personam agere* non potest, *rell.* ».

---

(1) Questa *utilis rei vindicatio* non è certo più strana dell' *utilis confessoria* che il frammento Vaticano concede al collegatario: e anche questa, ritengo, sarà stata *ficticia*.

D. 30, 85 (Paul. 11 *ad Plaut.*): « Duobus coniunctim fundus erat legatus: alter ex his partis aestimationem per *actionem personalem* abstulit. alter si fundum totum *vindicare* velit, *rell.* ».

Nè osta che in tutti questi frammenti non si faccia menzione di questo caso speciale: i giustinianei avranno naturalmente tolto quanto più non reggeva nel diritto dei loro tempi, secondo il quale di regola ogni legato genera la duplice azione (1).

Concludendo, adunque, veniamo al seguente risultato. Nel caso che un *optionis legatum* (*per vindicationem*) fosse invalido secondo l'antico diritto civile, per essere stata l'*optio* data fra oggetti che non erano stati del testatore *ex i. Qu.* al tempo del testamento e della morte, esso si poteva dopo il senatoconsulto Neroniano salvare in due modi:

a) applicando direttamente il senatoconsulto, fingendo cioè che in tal caso il legato fosse *per damnationem relictum*: in tal caso l'*optio* perdeva ogni speciale valore, tutt'al più equivaleva ad una dichiarazione che la scelta dovesse spettare al legatario;

b) dando, come più tardi la giurisprudenza ammise, una *rei vindicatio utilis*, nel qual caso l'*optio* rimaneva tuttavolta efficace.

Ma nè l'una nè l'altra di queste alternative appoggia l'opinione che da questo caso cominciasse la possibilità di un'*optio per damnationem relicta*; poichè nella prima l'*optio*

---

(1) È tuttavia diffusa l'opinione che già nei tempi classici ogni legato *per vindicationem* si potesse ripetere per azione personale. Ultimamente la trovo accettata anche da un critico poderoso, il LENEL (*Ed. perp.*, p. 422 n. 5) [*alias* 2a ed., p. 515 n. 10, e 3a ed., p. 540 n. 5]. Ma, oltre le ragioni intrinseche e gravissime che ostano a tale sentenza, va addotta anche quella che nè Gaio nè Ulpiano accennano a tale duplicità d'azione, e che l'Epitome inserita nel Breviario Visigotico e la Parafrasi greca delle Istituzioni non ne serbano ricordanza. Per i tempi di Gaio mi pare poi decisivo Gai. 4, 4, che i giustinianei hanno trasportato tal quale con poca riflessione nelle Istituzioni imperiali: " plane odio furum *cet.* „ (Inst. 4, 6, 14). L'antico κατὰ πόδας di Gaio segnalava il caso dei *fures* come una singolare eccezione: μίσει γὰρ τῶν κλεπτῶν παραβαίνομεν - - - ἐνταῦθα τοὺς κανόνας = " odio enim furum - - - *iuris regulas missas facimus* „ (ed. e tr. Fe., p. 425).

non aveva luogo, nella seconda si fingeva che il legato *per vindicationem* fosse validamente lasciato.

Nulla invece impedisce di credere che si potesse lasciare l'*optio per praeceptionem*, benchè sia troppo audace il Gebauer [1] a ricostruirne senz'altro la formola così: « Lucius Titius hominem optato eligito praecipito (*sic*) ». Va invece fuori di strada il Gebauer stesso quando ammette che si potesse lasciare l'*optio sinendi modo*: non solo non v'ha traccia di ciò nelle fonti, ma vi ripugna il principio che l'*optio* è modo d'acquisto e pertanto è concepibile solamente nel caso di vero legato di proprietà. La formola immaginata dal Gebauer è questa: « heres meus damnas esto sinere Lucium Titium hominem optare eligere sibique habere ». Anche il Gebauer è d'avviso che non si possa lasciar l'*optio per damnationem*: « legatum per damnationem, data heredi electione, omnem respuisse optionem in propatulo est ». La ragione non è però questa; anche in un legato di obbligazione il testatore può espressamente conferire al legatario la scelta, e di ciò abbiamo un antichissimo esempio in Cic. *de inv.* 2, 40, 116. Il vero motivo è piuttosto quello da noi addotto più sopra.

6. È stato osservato che in epoca classica il *legatum optionis* si applica con speciale frequenza ai servi [2]. Eccone alcune testimonianze.

D. 30, 99 (Iul. 70 *dig.*): « Si domino Stichus legatus esset et servo eius optio (*i. e.* servi) data *cet.* ».

D. h. t. 2, 2 (Ulp. 20 *ad Sab.*): « Data igitur optione, si quis optaverit alienum servum *cet.* ».

D. 50, 17, 77 (Pap. 28 *quaest.*): « Actus legitimi - - - veluti - - - servi optio *cet.* ».

D. h. t. 11 (Iul. 36 *dig.*): « Si - - - optio servi Maevio data fuerit, isque Erotem optaverit, *cet.* ».

D. h. t. 15 (Iav. 2 *epistul.*): « - - - optionem servorum Maevio dedi *cet.* ».

Il Voigt e il Bernstein pervengono a conclusioni perfettamente opposte. Il Voigt ritiene che il *legatum optionis*,

---

(1) *Titulus Digestorum de opt. vel elect. legata multifariam illustratus*, nelle *Exercitationes academicae varii argumenti*, vol. I, 1776, p 416.

(2) Cfr. Bernstein, loc. cit., p. 193 sg.; Voigt, *Die XII Tafeln*, I, p. 185.

prima in uso per ogni sorta di oggetti, siasi poi ristretto ai servi, lasciando per tutte le altre categorie di cose il campo libero al nuovo *legatum electionis*; il Bernstein opina invece che da principio il *legatum optionis* fosse ristretto ai servi e s'allargasse poi successivamente ad altri oggetti.

Contro il Voigt stanno diversi passi delle fonti. Anzitutto il già arrecato

D. 10, 4, 3, 6 (Ulp. 24 *ad ed.*): « - - - si optare velim servum *vel quam aliam rem,* cuius optio mihi relicta est, *cet.* ».

C. 6, 43, 3, 1*a* (a. 531)): « Sed et si quis optionem servi *vel alterius rei* reliquerit, *rell.* ».

E conformemente nelle Inst. 2, 20, 23: « Optionis legatum, id est ubi testator ex servis suis *vel aliis rebus* optare legatarium iusserat *cet.* »; dove la Parafrasi greca (che a questo passo abbiam già visto aver avuto ottime fonti) dice (ed. Fe., p. 220): τὸ τῆς optíonos ληγάτον, τουτέστιν ἔνθα ὁ τελευτήσας ἐκ τῶν ἰδίων οἰκετῶν ἢ ἐκ τῆς ἰδίας ἐσθῆτος ἢ βιβλίων τὸν ληγατάριον ἐκέλευσεν ἐπιλέξασθαι, κτλ.

Si potrebbe pensare che questi argomenti (che riteniamo bastanti) addotti contro il Voigt vengano in appoggio alla tesi del Bernstein. Se non che:

a) sarebbe strana questa originaria restrizione ai servi del *legatum optionis*, nè si deve ammetterla senza prove evidenti;

b) non mancano tracce che l'*optio* si estendesse anche anticamente ad altri oggetti oltre i servi. È un *legatum optionis*, anche per il Bernstein, quello che era già arrecato nel I libro dei Digesti di Aufidio Namusa (cfr. D. 33, 5, 20, Labeo 2 *poster. a Iavol. epitom.*: « *vestimenta,* quae volet, triclinaria sumito sibique habeto »), a proposito del quale il pensiero ricorre tosto all' ἐκ τῆς ἰδίας ἐσθῆτος della Parafrasi greca, nell' interessantissimo passo più volte citato.

È certo che il *legatum optionis* si usò preferibilmente per i servi, il che spiega anche come per questi si mantenesse più tenacemente la formola antica; ma non si può asserire che esso, nè *ab initio* nè in seguito, ai servi si restringesse.

7. È ora tempo di esaminare più da vicino l'opinione già accennata, che cioè il nuovo legato *electionis* fosse qualche

cosa di diverso dell'antico *legatum optionis* (1). Finchè non s'arrechino ben validi argomenti, non ci è lecito distruggere una equazione, la quale è concordemente attestata dal linguaggio delle fonti (2). Da queste si può tutt'al più inferire che il legato si disse *electionis* quando cessò il rigore della formola primitiva, e si ammise che alla solenne parola *optato* potesse aggiungersi o sostituirsi l'altra: *elegito*. Ma ciò non mutò la natura del nostro legato più di quello che l'avere sostituito *sumito sibique habeto* a *do lego* abbia mutato la natura del legato *per vindicationem*, o l'avere sostituito *dato* a *damnas esto dare* quella del legato *per damnationem*. Verosimilmente anche il legato *per vindicationem* dicevasi una volta *do lego legatum* e mutò nome solo più tardi, quando alla formola *do lego* altre

(1) Tale opinione — accolta, come s'è visto, ai nostri giorni dal Voigt — si trova espressa più volte in CUIACIO. Nelle *Recitationes solemnes* ad h. t. (*Opera*, ed. FABROT, 1658, tom. IV, c. 1511) il grande francese dice: " *optio* datur legatario, si testator dixerit: ' optato ': *electio* si dixerit: ' eligito ' - - - et propterea *optio* datur expressim, *electio* etiam tacite, veluti servo simpliciter et indistincte legato, quod significare videtur l. 3 qui et a qui bus manum. (40, 9) „. E più avanti (ad D. h. t. 1: tom. IV, c. 1512) dice consistere la materiale differenza fra *optio* ed *electio* in ciò, che nella prima è implicita la *condicio*, non nella seconda: e però il *legatum electionis* è trasmissibile (per questa ultima asserzione si fonda su D. 36, 2, 12, 7, passo che da noi verrà discusso in seguito). Vedi anche ad D. 33, 5, 9 pr. (ivi, cc. 1516-17) e *Observationes*, 23, 14 (ed. cit., tom. III, cc. 726-27). Cfr. pure COSTA, *Ad Inst.* in h. l.; HEINECCIO, *Elem. iur. civ.*, § 622 n. etc. È però strano come si confonda così il *legatum electionis* e il *legatum generaliter relictum*, che le fonti tengono chiaramente distinti (vedi *supra* [p. 275]). Contro quelle evidenti distinzioni un passo confuso come D. 40, 9, 3 (Gai. 2 *de leg.*) non prova nulla; tanto più che *optio* ed *electio* si adoperano abusivamente anche per il legato di genere. Invece benissimo aveva ragionato su questi punti il GEBAUER (op. cit.. p. 416): " Ego - - - nolim electionem ita seiungere ab optione, ut hae voces in duas species abeant et diversas res denotando iurium etiam diversitatem involvant „; (ivi, p. 417): " Inter optionem adeo et electionem datam mea opinione nihil interfuit: inter optionis et generis legatum plurimum „.

(2) Inst. 2, 20, 23 (ibique Paraphr.); rubrica huius tituli (D. 33, 5) et per totum titulum; per es. D. h. t. 2, 3: „ eum, cui centum amphorarum *electio* data est, acetum eligentem non consumere *optionem* „; fr. 4: " scyphi *electione* data - - - integram ei *optionem* manere placet „ etc.; e nel fr. 1 la " servorum electio „ non è certamente diversa dalla " servorum optio „. Ulp. 24, 14: " *Optione* - - data - - legatarii est *electio* „ etc.

se ne poterono sostituire [1]: nè tale mutazione di forma e di nome arrecò mutazione di sostanza.

8. Giustiniano (C. 6, 43, 3, 1*a*) insegna come con il *legatum optionis* si potesse lasciare la scelta anche ad un terzo: « sed et si quis optionem servi vel alterius rei reliquerit, non ipsi legatario, sed quem Titius forte elegerit *rell.* ».

Questo riceve conferma anche da

D. 10, 4, 3, 10 (Ulp. 24 *ad ed.*): « Plus dicit Iulianus, etsi vindicationem non habeam, interim posse me agere ad exhibendum - - -: utputa si mihi servus legatus sit, *quem Titius optasset*: agam enim ad exhibendum - - - *ut Titius optet* et sic vindicem, quamvis exhibitum ego optare non possim ».

Cfr. anche D. 36, 2, 12, 8 (Ulp. 23 *ad Sab.*).

Questa specie di *legatum optionis* dovette sorgere verosimilmente tardi. La sua formola non pare difficile a ricostruirsi, seguendo i due passi arrecati: « Titio hominem ex mea familia, quem Maevius optaverit (elegerit), do lego ».

Se non erro, la ragione che diede origine a questa forma speciale di *leg. optionis* fu la personalità assoluta dell'*optio*; vedremo come nemmeno il *paterfamilias* poteva optare in luogo del figlio o del servo, e che la necessità di un *iussus* non fu tosto riconosciuta. Anticamente si sarà in tal caso provveduto, concedendo espressamente al padre o al *dominus* l'*optio* del legato lasciato al figlio o al servo [2]. Non pare però conce-

---

(1) Un nome speciale dovette assumere questo legato solo quando sorsero le altre forme. Prima era inutile designare con nome proprio l'unica forma di legato che si conoscesse. A conferma di quanto si dice nel testo, si osservi come la frase " *do lego* legare „ (*legatum*) si dovesse trovare nei libri di Sabino (Vat. fr. 86-87), che nello scrivere il suo trattato di diritto civile pendeva naturalmente a preferenza dai *veteres*. S'osservi pure come tutti gli altri tipi di legato sieno denominati dalla formola relativa: " damnas esto sinere „ (*leg. sinendi modo*); " damnas esto dare (facere) „ (*leg. per damnationem*); " praecipito „ (*leg. per praeceptionem*). La designazione " per vindicationem „ è quindi affatto irregolare.

(2) Più tardi si venne a considerare l'*optio* lasciata a un terzo come lasciata " arbitratu boni viri „, secondo l'analogia di istituti affini; il che portò certo limiti speciali per questa specie di *optio*, ma rese possibile trasferire (qualora il terzo si rifiutasse) la scelta al legatario stesso " arbitratu boni viri „, e con ciò salvare il legato (vedi *infra* [p. 295]). Del resto,

pibile che l'*optio* potesse lasciarsi agli eredi: ciò contrasta con tutto quanto sappiamo su questo istituto ([1]). Se anche in un legato di proprietà il testatore avesse deferito la scelta all'erede, non si poteva parlare di *optio* o di *legatum optionis*.

CAPITOLO II.

Stato delle cose prima dell'*optio*.

9. Il *legatum optionis* si risolve nell'offerta generica o alternativa di un diritto. Esso crea pertanto uno stato di dubbio e d'incertezza: non si sa quale cosa sarà definitivamente scelta dal legatario; non si sa come verrà determinandosi l'oggetto del legato.

Non appena sia adita l'eredità, s'affaccia la questione: a chi apparterrà la proprietà delle varie cose dedotte nella scelta? Il *legatum optionis* è una specie del legato di proprietà, che trasmette *ipso iure* nel legatario la proprietà degli oggetti legati; ma non per questo si deve ritenere che tutti gli oggetti passino nel frattempo in proprietà del legatario ([2]).

---

l'*optio* compiuta da un terzo aveva gli stessi effetti di quella compiuta dallo stesso legatario: appena che il terzo avesse optato, la proprietà della cosa scelta passava *ipso iure* al legatario, che la poteva vendicare.

([1]) Giustiniano ha inserito nel titolo " De optione vel electione legata „ il seguente passo (fr. 12) tolto da Giuliano (1 *ex Minic.*): " Servo generaliter legato, verius est, omnes heredes, si eis electio data est, eundem dare debere: si non consentiant heredes, ex testamento eos teneri „. Il passo nulla ha a che fare con il *legatum optionis*: *a*) si tratta evidentemente di un legato di obbligazione (*dare debere - - - ex testamento teneri*); *b*) la scelta competente all'erede è in pieno contrasto con l'indole del *legatum optionis*; *c*) le parole *si eis electio data est* sono, a mio avviso, un mero emblema: Giuliano non aveva bisogno di aggiungere come ipotesi speciale ciò che deriva direttamente dalla natura stessa del legato di obbligazione, mentre doveva aggiungerlo Giustiniano, giacchè ai suoi tempi la scelta si presumeva del legatario, senza distinzione di forma del legato.

([2]) Ciò starebbe in manifesta opposizione con il carattere eminentemente positivo dell'atto di opzione (vedi *infra* [p. 296 sgg.]): esso ci si presenta come atto d'acquisto, non mai di rifiuto o di alienazione. Cfr. anche BERNSTEIN, loc. cit., p. 16.

10. Il caso presenta un' analogia con il legato condizionale di proprietà. Ciascuno degli oggetti dedotti in legato può venir scelto dal legatario: esso formerà l' oggetto del legato, se il legatario lo sceglierà.

D. 40, 9, 3 (Gai. 2 *de leg.*): « – – optione sive electione servi data, *quodammodo singuli sub condicione legati videntur* » (1).

È lecito pertanto domandare se qui si applicassero le norme del legato condizionale di proprietà: nel quale la cosa apparteneva, *pendente condicione,* secondo i Sabiniani all' erede, secondo i Proculiani a nessuno e restava *res nullius* (2). Non credo possibile dubitare che per i Sabiniani le cose spettassero all' erede fino a scelta compiuta: ciò sta in perfetta analogia con tutto quanto il sistema sabiniano e viene comprovato dalle fonti. Oltre il passo già arrecato di Gaio (D. 40, 9, 3), che richiama espressamente l' analogia della *condicio,* si possono arrecare due frammenti del sabiniano Giavoleno (2 *ex Cassio* e 2 *epistul.*), D. 33, 5, 14 e 15, i quali presuppongono che la proprietà degli oggetti competa nel frattempo all' erede.

Più incerta è la cosa riguardo ai Proculiani. Il Bernstein (3) crede che essi pure tenessero qui fermo il loro principio: che gli oggetti cioè rimanessero nel frattempo *res nullius.* E cita un frammento di Labeone (2 *post. a Iavol. epit.*), D. 33, 5, 20: « res continuo eius fit, simul ac si (se *scr.* Hal.) dixerit eam sumere ».

Ma contro questo argomento si presentano troppe obbiezioni.

a) Qui non abbiamo un testo genuino di Labeone, ma un testo compendiato da un sabiniano (Giavoleno), o fors' anche una semplice nota di costui.

b) Non è troppo esatto citare testi di Labeone per provare le dottrine proculiane: il rapporto fra Labeone e i Pro-

---

(1) Sulla vera portata di questo frammento e sul suo rapporto con il passo delle Inst. 2, 20, 23 vedi *infra,* cap. IV.

(2) Gai. 2. 200. Del resto, per i Proculiani restava *res nullius* l' oggetto d' ogni legato di proprietà prima della determinazione del legatario di accettarlo, determinazione che aveva però efficacia retroattiva: Gai. 2, 200, cfr. 2, 195 e D. 31, 80 (Papin. 1 *defin.*).

(3) Op. cit., p. 165.

culiani non è ancora ben chiarito. La notissima testimonianza pomponiana (D. 1, 2, 2, 47) non prova certo sufficientemente. Qui poi s' aggiunge che l' opinione della scuola proculiana è ricondotta espressamente a Proculo.

Gai. 2, 195: « Nerva vero et Proculus ceterique illius scholae auctores non aliter putant rem legatarii fieri *rell.* - - - sed hodie - - - hoc magis iure uti videmur, quod Proculo placuit, *rell.* » [1].

c) Il testo di Labeone non prova altro se non che l' oggetto passa in proprietà del legatario solo mediante l' *optio*; non prova affatto, però, che prima si considerasse come *res nullius*. Per me non vedo differenza tra il *continuo eius fit* labeoniano e l' *utriusque nostrum servum futurum* o il *fiat communis* pomponiano [2].

d) Nemmeno l' analogia qui è scorta troppo fida. I Proculiani, verosimilmente per spiegare l' efficacia retroattiva del ripudio del legato di proprietà, ammisero che prima dell' accettazione del legato la cosa rimanesse *nullius*. Logicamente essi applicarono tale dottrina ai legati condizionali, sui quali non s' era ancora formata una sicura giurisprudenza, come quelli che furono riconosciuti solo verso la fine dell' età repubblicana. L' analogia delle altre *actiones* (un' *actio* nel senso dell' antico diritto era pur anche il legato) e il nome stesso della *cautio Muciana* fanno ritenere assai verosimile l' opinione voigtiana [3], che prima di quell' epoca i legati non fossero suscettibili di condizione di alcuna specie [4]. Invece sappiamo che il *legatum optionis* è di remotissima origine: a proposito di esso doveva essersi stabilita la giurisprudenza, e possiamo essere certi che non era nello spirito del diritto antico rite-

---

[1] La dottrina della qualità di *res nullius* della cosa legata condizionalmente *per vindicationem* dipende, come niuno vorrà porre in dubbio, da questa più generale (Gai. 2, 195). Il nesso logico fra le due teorie è bene afferrato anche da Gai. 2, 200. Cfr. anche PERNICE, *Labeo*, I, pp. 143-5.

[2] D. h. t. 8, 2 (Pomp. 6 *ad Sab.*).

[3] *Ius naturale*, III, p. 34.

[4] Vedi ancora, riguardo alle condizioni risolutive, D. 30, 55 (Pomp. 9 *ad Sab.*).

nere nel frattempo *res nullius* le cose legate. Quale fosse piuttosto questo spirito insegna benissimo, a mio avviso, l'esempio dello statulibero. Già le XII tavole ammettevano che alla *libertatis datio* testamentaria si potesse apporre una *condicio dandi* (1), e già le XII tavole riconoscevano implicitamente che nel frattempo il servo fosse in dominio dell' erede.

Ulp. 2, 4: « Sub hac condicione liber esse iussus *' si decem milia heredi dederit '*, etsi ab herede abalienatus sit, emptori dando pecuniam ad libertatem perveniet: *idque lex XII tabularum iubet* » (2).

Questa è piuttosto, come ognun vede, l'analogia che avrà determinato la dottrina e la prassi a proposito del *legatum optionis*: e tale prassi secolare non poteva essere turbata da controversie di scuola.

11. Comunque si pensi sul difficile argomento, resta indubitato che l' erede non ha diritto di scemare in qualsiasi modo la facoltà di scegliere che al legatario compete. Questa facoltà di scegliere appare tanto importante da reputarsi quasi come l' oggetto immediato del legato stesso (*legatum optionis*). Sta dunque il principio che Gaio nel frammento citato (D. 40, 9, 3) formula così: « non potest heres - - - aut evertere aut minuere ius electionis ».

L' erede nel frattempo è padrone degli oggetti, e può disporne come gli pare: nè osta alla validità della disposizione la possibilità che l' oggetto possa venire scelto dal legatario. Nello stesso modo l' erede può vendere, donare, pignorare lo statulibero: ma a quegli oggetti aderisce una qualità indelebile da questi atti giuridici, una potenzialità che, attuandosi, viene a distruggere l' efficacia di essi. Come lo *statulibèr*, avveran-

---

(1) È evidente la ragione economica che ha mosso a riconoscere fino dagli antichi tempi la possibilità della *condicio dandi*. Notevole è poi che la *condicio faciendi* non venne invece riconosciuta che tardi. Anche questo prova come tardi, e a poco a poco, si ammettessero le condizioni apposte alle disposizioni testamentarie. Cfr. MADAI, *Die Statuliberi* (1834), p. 82 sg.

(2) Cfr. D. 40, 7, 6, 3 (Ulp. 27 *ad Sab.*); 25 (Modest. 9 *differ.*); Tab. VII, 12 (SCHOELL) = IV, 13 (VOIGT) [= VII, 12 (BRUNS, *Fontes*, I7, p. 28)].

dosi la *condicio*, diventa libero, pur trovandosi nel dominio del terzo compratore, così la cosa venduta o donata dall' erede a un terzo esce dal dominio di costui, non appena il legatario ne abbia fatto la scelta. Non è un fenomeno isolato nel diritto romano, ma assai comune e ricco di manifestazioni multiformi: si pensi all' antichissima norma *noxa caput sequitur*, che si riduce allo stesso principio.

12. Vi sono però degli atti giuridici i quali producono alla loro volta effetti indelebili, a danno dei quali non potrebbe esplicarsi quella latente potenzialità di cui dicevamo. In questi casi si discorre diversamente.

Il frammento di Paolo (64 *ad ed.*), D. 11, 7, 34: « Si locus sub condicione legatus sit, interim *heres inferendo mortuum* non facit locum religiosum », è da applicarsi, secondo ogni verosimiglianza, al caso di un *legatum optionis* che avesse luogo, per es., tra due fondi; poichè la cosa fatta religiosa non può più revocarsi in umano dominio. In tal caso verrebbe certamente l' erede a « evertere vel minuere ius electionis » [1].

Un altro atto di tale natura era la *manumissio*:

D. 33, 5, 14 (Iavol. 2 *ex Cass.*): « Si, cum optio servi ex universa familia legata esset, heres aliquem priusquam optaretur manumisit, ad libertatem eum interim non perducit » [2].

Non è però che la manumissione sia atto del tutto inutile. Essa crea uno stato di pendenza: se il servo non viene optato dal legatario, diventa libero. Il riferito testo di Giavoleno così infatti prosegue: « servum tamen, quem ita manumiserit,

---

[1] L'atto dell' erede resta del tutto inefficace, perchè non s' ammette uno stato pendente della cosa religiosa e profana. Non così (come si dice più avanti nel testo) per le manumissioni. Uno stato pendente delle persone è dalla giurisprudenza classica di frequente riconosciuto: per es., la condizione dei figli nati mentre il padre " in tertia mancipatione est „ (Gai. 1, 135) o il padre dei quali è *apud hostes* (Gai. 1, 129: cfr. BECHMANN, *Ius postliminii*, 1872, pp. 19-26) etc. Ma non si può credere che fosse altrettanto nel diritto antico, per il quale invece le manomissioni dovevano essere senz' altro inefficaci.

[2] Cfr. D. 40, 1, 11 (Paul. 64 *ad ed.*): " Servum, qui sub condicione legatus est, *interim* heres manumittendo liberum non facit „; D. 40, 9, 29, 1 (Gai. 1 *de manum.*): " Sub condicione servus legatus - - - nullam libertatem ab eo (*scil.* herede) consequi potest, nè legatario iniuria fieret „.

amittit (*sc.* heres): quia is aut electus legato cedit, aut relictus tunc liber ostenditur » [1].

13. Gli atti giuridici adunque che l' erede nel frattempo compie sulla cosa sono, a seconda dei casi, o affatto nulli, o immediatamente validi ma rescindibili, o interinalmente di sospesa efficacia. Nel frattempo intanto è incerto:

a) se e quale oggetto sceglierà il legatario;

b) se e quali atti dispositivi compiuti dall'erede nei riguardi degli oggetti si revocheranno;

c) come si deciderà lo stato pendente dei servi manomessi dall' erede.

14. Questo periodo, così ricco di dubbio e incertezza, può risolversi o naturalmente con la riduzione degli oggetti legati ad un solo, o mediante l' *optio* del legatario [2].

D. 33, 5, 13 pr. (Paul. 8 *ad Pl.*): « Si optio servi data mihi fuerit et Sticho aliquid testator sine libertate legasset, tunc sequens legatum consistit, cum tota familia ad unum, id est Stichum, recciderit, ut quasi pure legato utiliter sit legatum *rell.* ».

Il frammento tratta e decide il caso seguente. Il testatore ha lasciato l'*optio servorum* a me. A un servo lascia un legato, *sine libertate*. Il legato come inutile rimane nella eredità [3]; e, se io anche scegliessi quel servo, non conseguirei per ciò il legato. Ma se periscano prima dell' adizione della eredità tutti i servi e non rimanga che quello cui fu lasciato il legato, la cosa muta specie. Non si può parlare di un *legatum optionis*, ma d' un puro e semplice legato *per vindicationem*. Ora, in questo caso la proprietà della cosa compete subito al legatario, e il legato fatto al servo spetta per conseguenza a lui [4].

---

[1] D. 40, 1, 2 (Ulp. 17 *ad Sab.*): " Si heres, deliberante legatario, servum legatum manumiserit, mox legatarius repudiaverit, manumissum liberum fore placet " [cfr. Vat. fr. 84]. Anche in questo caso lo stato del servo rimane *in suspenso* fino alla decisione del legatario.

[2] In senso contrario può risolversi l' incertezza se il legatario rifiuta senz' altro l' intero legato o muore prima di optare. Si aggiunga il caso che egli lasci trascorrere il tempo utile senza optare (vedi *infra* [p. 292 sg.]).

[3] Non occorre avvertire che, istituito un erede necessario, il legato sarebbe in ogni caso nullo.

[4] Questo passo sarà esaminato anche più avanti, dove si parlerà della natura giuridica del *legatum optionis* (vedi *infra*, cap. V).

D. 33, 5, 8, 1 (Pomp. 6 *ad Sab.*): « Si ex quattuor viriolis duae, *quas elegissem*, mihi legatae sint, sive duae solae relictae sint, sive ad initio duae solae fuerint, valet legatum » (1).

S' intende, come semplice legato di proprietà.

15. Ma questo non è il modo ordinario e normale di soluzione della incertezza. La soluzione deve normalmente operarsi mediante l' *optio*, conforme alla volontà del testatore. Essa è, come avverte benissimo il Bernstein, un *essentiale negotii* (2).

Si può ora domandare fin quando può durare questo periodo di dubbio, o, ciò che equivale, fin quando può il legatario aspettare a intraprendere l'opzione. Il *ius civile* non conosce in proposito limite alcuno. Come la *hereditatis aditio* così l' *optio legati*, che ha con essa vari punti d' analogia, può procrastinarsi finchè piaccia al legatario (3).

---

(1) Questo passo va con l'opinione dominante riferito al *legatum optionis*, come provano, a tutta evidenza, la lettura del frammento intero e l' inciso *quae elegissem*.

(2) Op. cit., p. 19. Si noti quanto dice l' interessantissimo D. h. t. 18: " *Homine legato,* Neratius ait nihil agi repudiato Pamphilo *rell.* „. Benchè si parli di un semplice legato di genere, ci è pur sempre lecito argomentare *a fortiori*. Se il legatario ripudia uno o più oggetti senza venire all' *optio* definitiva, fa atto nullo e conserva tuttavolta il diritto di scegliere l'oggetto o gli oggetti ripudiati. Non è adunque questo un mezzo per risolvere neppure parzialmente l' incertezza.

(3) È noto che il testatore poteva fissare un termine entro cui l' erede dovesse deliberare se adire o no l' eredità (*cretio*). Che un simile uso vi fosse per l'*optio legati* mi sembra risultare evidente da D. 50, 16, 28 pr. (Paul. 21 *ad ed.*): " qui occasione adquirendi non utitur non intellegitur alienare: veluti qui - - - optionem *intra certum tempus datam* non amplectitur „. La voce *datam* si riferisce a disposizione del testatore, non a decreto del Pretore. Il CUIACIO (*Recit.* ad D. h. t. 8 pr. = *Opera,* ed. cit., IV, c. 1515) propone anche la formola: " optato hominem intra dies XXX „; più corretto mi parrebbe " in diebus XXX proximis *ab adita hereditate* „, qualora, s'intende, il testatore non credesse opportuno di fissare altro termine da cui far decorrere l' intervallo. Non ritengo però vero ciò che il Cuiacio scrive: " si semel optaverit (*scil.* legatarius) poenitentia actus mutare voluntatem potest, si modo supersunt aliquot dies ex iis, qui optioni praefiniti sunt „. Egli arreca l' analogia del ripudio dell' eredità durante il termine della *cretio* (Ulp. 22, 30 e Gai. 2, 168); ma l' *optio* non si può parificare al ripudio: è atto positivo e solenne che esercita effetti immediati. Del resto, se uno

Questo stato d'incertezza non può però prolungarsi indefinitamente senza grave incomodo e dell'erede e dei terzi. Si pensi come l'erede non possa liberamente disporre di alcuno degli oggetti dedotti in legato (nel caso più ordinario, di nessuno dei servi ereditari); si pensi al pericolo di revocabilità, immanente a tutti gli atti di alienazione parziale o totale; si pensi all'incertezza dei manomessi etc. Era dunque naturale che il Pretore intervenisse qui, come nel caso dell'*aditio hereditatis* (Gai. 2, 167).

D. 33, 5, 6 (Pomp. 6 *ad Sab.*): « Mancipiorum electio legata est. ne venditio, quandoque eligente legatario, interpelletur, decernere debet praetor, nisi intra tempus ab ipso praefinitum elegisset, actionem legatorum ei non competere » (1).

Il Pretore adunque, dietro istanza dell'erede, fissa un termine in cui il legatario debba compiere l'*optio*: precisamente come, dietro istanza dei creditori, fissa il termine entro cui l'erede deliberi se voglia o no accettare l'eredità. Non trattandosi di atto da compiersi avanti al magistrato, il tempo dovette essere continuo (2). L'analogia del *ius deliberandi* proverebbe ancora che, ove il legatario non trovasse sufficiente per addivenire alla scelta il termine prescritto, potesse ottenere una proroga: « dum praetori suadetur tempus, quod primum aditus praestituerat, non suffecisse » (3).

---

avesse compiuto la *cretio*, atto pure positivo e solenne, non avrebbe potuto revocarla, benchè non fosse scaduto ancora il termine di essa: al che non pare, nel luogo citato, aver posto mente il Cuiacio. Invece si può dire che, quando uno ha rinunziato al legato e non è ancora trascorso il termine, può tuttavia optare. Più verosimile mi parrebbe il supporre che, dietro l'esempio della *cretio*, si distinguesse un' *optio vulgaris* (?) e un' *optio certorum dierum* o *continua*. Nulla infatti vieta di credere che il testatore potesse dire: " Seius hominem optato in XXX diebus proximis ab adita hereditate, *quibus sciet poteritque* „ o tralasciare quest' ultima aggiunta.

(1) Si deve ritenere che l'azione si potesse infirmare mediante una *exceptio*, invece della quale la maggior parte delle volte aveva luogo la *denegatio actionis* (cfr. fr. cit.). Il diritto stretto rimaneva pur sempre dalla parte del legatario.

(2) Vedi per l'analogia C. 6, 30, 19 (a. 529), e cfr. SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, IV, p. 424 sg.

(3) D. 28, 8, 3 (Ulp. 60 *ad ed.*); cfr. D. eod. 4 (Ulp. 61 *ad ed.*): " sed hoc impetrari non debet nisi ex magna causa „.

16. Se adunque il legatario si decidesse a optare dopo scaduto il termine, la sua risoluzione giungerebbe troppo tardi:

D. 33, 5, 6 (Pomp. 6 *ad Sab.*): « - - - quid ergo si die praeterito, sed antequam venderet heres, vindicare legatarius velit? quia non est damnum subiturus heres, propter quod decernere praetor id solet. et quid si die praeterito, quem finierit praetor, heres aliquos ex servis vel omnes manumiserit? nonne praetor eorum tuebitur libertatem? ergo totiens actio *deneganda non est, si omnia in integro sint.* idem est et si pignori aliquos ex his servis heres dederit post diem, vel vendiderit.

D. eod. 7 (Paul. 10 *quaest.*): « Immo et si quosdam servos distraxit, quosdam retinuit, non est audiendus legatarius, si velit optare ex retentis ab herede, cum iam disposuerit familiam heres ».

È il solito principio che *re integra* si restituisce facilmente l'esercizio di un diritto (1). E per vero, quando l'erede non risenta alcun danno dalla intempestiva deliberazione del legatario, non sarebbe equo negare a costui l'azione. E qui per azione devesi evidentemente intendere l'*actio ad exhibendum* oppure la *rei vindicatio*. Molte volte tutto questo si sarà probabilmente ordinato in modo, che nella formola s'inseriva una *exceptio in factum* e una *replicatio doli*; qualche altra volta — quando la condizione di cose fosse evidente — il Pretore poteva senz'altro decidere egli stesso e dare puramente e semplicemente l'azione.

17. La stessa ragione che milita a vantaggio dell'erede milita pure a vantaggio dell'*emptor hereditatis*.

D. 33, 5, 13, 1 (Paul. 8 *ad Plaut.*): « Pomponius scribit, emptore hereditatis postulante, ut is, cui servi optio legata sit, optet, *videndum esse*, an praetor ut id faciat cogere debeat legatarium, quemadmodum si heres institutus id postularet,

---

(1) D. 28, 8, 8 (Ulp. 61 *ad ed.*): " Si quis suus heres, posteaquam se abstinuerit, tunc petat tempus ad deliberandum, videamus an impetrare debeat. magisque est ut ex causa debeat impetrare, *cum nondum bona venierint* „. Cfr. C. 6, 31, 6 pr. (a. 532).

quia potest per heredem id emptor consequi: et quare non possit non video ».

Pomponio era in dubbio su tale argomento, riflettendo che poteva benissimo l'erede fare tuttavia la domanda al Pretore e il compratore costringervelo con l'*actio empti*. La risposta è tuttavia affermativa [1].

All'erede può in alcuni casi parificarsi il collegatario. Pongasi [2] che a Tizio sia lasciata l'*optio servi*, a me tutta la *familia*: io non posso disporre liberamente d'alcun servo, finchè il legatario non ha compiuto l'*optio*. Anche in questo caso pertanto « decernendum est a praetore, nisi intra certum tempus optaveris, petitionem tibi non datu iri ».

18. Se l'*optio* fosse stata lasciata ad un terzo, e costui si fosse rifiutato di optare, il legato non poteva avere effetto. Pare tuttavia che anche in questo caso, secondo l'opinione di alcuni, dovesse intervenire il Pretore e, rifiutandosi la persona designata dal testatore, la scelta deferirsi al legatario stesso *arbitratu boni viri*. Almeno così parrebbe risultare da quanto dice Giustiniano:

C. 6, 43, 3, 1*a*: « - - - in hac specie dubitabatur apud veteres, quid statuendum sit, utrumne legatum expirat, an aliquid inducitur ei adiutorium, ut viri boni arbitratu procedat electio ».

19. V'ha però qualche caso, in cui l'*optio* non si può compiere subito dopo l'adizione della eredità. È evidente che, se il testatore ha posto un termine o una *condicio*, l'*optio* non si può intraprendere che dopo l'arrivo del termine o l'avverarsi della *condicio*. Lo stesso vale se alcuno degli oggetti dedotti nella scelta è lasciato *sub condicione*. Tanto è lecito arguire da Ulpiano (24 *ad Sab.*), D. 36, 2, 14 pr.-1, e Giuliano (35 *dig.*), D. 36, 2, 16 pr. [3], benchè in entrambi i passi si discorra

---

[1] Non può dissimularsi la stranezza di questo passo, che fa supporre grave interpolazione. Alla domanda *an cogere debeat* si risponde *quare non possit non video*. Nè mi pare da accogliersi la spiegazione già proposta dall'ACCURSIO, *in h. l.*: " *non possit*] scilicet eum suo iure ut optet cogere ".

[2] D. h. t. 8 pr.

[3] Cfr. anche D. 33, 2, 21 (Paul. 7 *ad l. Iul. et Pap.*). L'analogia va applicata con la dovuta cautela, perchè per il *legatum optionis* non si può discorrere di *dies cedens*.

d'un legato di obbligazione. Nè potrebbe il legatario scegliere l'oggetto, o fra gli oggetti, a cui si riferisce la *condicio*. Dato, per es., un legato di questo tipo: « Titio Stichum do lego, aut Pamphilum, si navis ex Asia venerit », non avrebbe potuto Tizio, prima dell'arrivo della nave, scegliere Stico. Infatti il legato si considera sempre come uno e la *condicio*, benchè riferita ad uno o ad alcuni oggetti, gravita sul legato intero.

20. Nel caso che l'*optio* fosse lasciata a più collegatari v'era gran disparità di opinioni fra i giureconsulti classici. Alcuni decidevano che si dovesse aspettare che tutti i collegatari si ponessero d'accordo; i più sostenevano che, mancando l'accordo, anche il legato dovesse tosto mancare. Tanto risulta dalla diligente esposizione in

Paraphr. gr. Instit. 2, 20, 23 (ed. Fe. p. 221): - - - ἐπειδὴ γὰρ τὸ παλαιὸν δύο τισὶν ἢ καὶ πλείοσιν optíonos καταλειφθείσης, εἰ συνέβη μὴ ὁμονοεῖν αὐτοὺς περὶ τὴν ἐπιλογήν, ἀλλ' ὁ μὲν Στῖχον ἐπελέγετο ὁ δὲ Πάμφιλον, κατὰ μέν τινας τῶν νομικῶν ἡσύχαζε τέως ἡ τοῦ ληγάτου ἀπαίτησις ἕως οὗ ὡμονόησαν, κατὰ δέ τινας (che vengono poi designati come οἱ πλείονες) ἀπεσβέννυτο τῇ διχονοίᾳ κτλ. [1].

Capitolo III.

L'*optio*.

21. La *denuntiatio* (o, come più tardi anche si disse, *nuntiatio*) [2] è atto solenne per cui si annunzia ad alcuno un fatto giuridicamente importante. Tale annunzio può essere fatto per diversi scopi: sia per preparare direttamente il giudizio, sia per protestare contro un modo d'agire altrui e conservare

---

[1] Il passo, secondo la nostra versione (Paraphr. gr., p. 221^b), dice: " cum olim, duobus quibusdam vel pluribus optione relicta, si de optione non consentirent, set unus Stichum, Pamphilum alter eligeret, ex quorundam prudentium sententia eousque legati petitio cessaret, donec convenirent, ex aliorum autem propter controversiam extingueretur, *cet.* ".

[2] Analogamente (*capitis*) *deminutio*, che più tardi fu detta anche *minutio*: Ulp. 11, 10; Inst. 1, 16, 5. Non sono accettabili le osservazioni dell'Asverus, *Die Denunciation der Römer* (Leipzig, 1843), in principio. Cfr. anche Voigt, *Die XII Tafeln*, I, pp. 182-90.

il proprio diritto, sia infine per mettere a parte alcuno di una presa risoluzione.

A quest'ultima specie di *denuntiatio* appartengono l'*optio tutoris,* da annunciarsi al tutore optato, e l'*optio legati*, da annunciarsi all'erede.

22. La *denuntiatio* era, dicevamo, atto solenne. È questa ragione generale che fa credere che anche l'*optio* fosse atto solenne, benchè ciò nelle fonti non ci sia direttamente attestato. A questa ragione può aggiungersi l'altra, che il Bernstein deduce dalla nota « legge della corrispondenza della forma » (1). Le solennità che accompagnavano l'*optio* dovettero essere a un dipresso le seguenti.

a) *Presenza di testimoni.* Questo requisito era già stato ammesso dal Cuiacio (2), l'argomento precipuo del quale consisteva nel trovare, in D. h. t. 20, designata l'*optio* con il nome di *testatio.* Ora, questo requisito è invece messo fortemente in dubbio dal Bernstein. Mi pare tuttavia che l'opinione cuiaciana sia fondata. Poichè non credo a quanto il Bernstein (3) dice: « der Ausdruck *testatio* nicht nothwendig eine Erklärung vor Zeugen, sondern ebensogut eine Erklärung überhaupt bedeuten kann ». *Testatio*, nel suo genuino significato, indica l'esortazione (4) che vien fatta ai testimoni di volere *perhibere testimonium* per qualche atto (5). Più tardi *testari, -e, testatio* si prendono nel senso di « annunziare avanti a testimoni » o di « porgere testimonianza » (6). Per quest'ultima accezione si veda

D. 6, 1, 27 pr. (Paul. 21 *ad ed.*): « Sin autem - - - aliquis - - - liti se optulit, et hoc ipsum in re agenda *testatione* (cioè con le deposizioni dei testimoni) probavero, omnimodo condemnandus est ».

---

(1) Op. cit., p. 172. Cfr. Jhering, *Geist d. röm. R.,* II, p. 582: " Gesetz der Correspondenz der Form ".

(2) Ad D. h. t. 20 (*Opera,* ed. cit., IV, c. 1528).

(3) Op. cit., p. 173.

(4) Vedi anche ciò che dice a proposito di questa voce (in un articolo però poco esatto e incompleto) il Dirksen, *Manuale,* p. 954 *s. v.*

(5) Questo era anche il senso primitivo della voce " testari (-e) ". Sulla *testatio deorum* dei Feziali vedi ora il Fusinato, *Dei Feziali e del diritto feziale,* p. 55 sg.

(6) Non mai dunque per semplice dichiarazione.

Nell' altro significato, che a noi maggiormente ora interessa, di « annunzio ai testimoni » le voci accennate sono frequentemente adoperate nelle fonti. Ecco alcuni esempi ([1]):

D. 48, 5, 26 (25), 5 (Ulp. 2 *ad leg. Iul. de adult.*): « Quod adicitur '*testandae rei gratia*' ad hoc pertinet, ut *testes inducat testimonio futuros accusatori rell.* ».

Paul. *Sent.* 2, 26, 3: « Capite quinto legis Iuliae cavetur, ut adulterum deprehensum viginti horas ad *testandos* vicinos retinere liceat ».

Dopo tutto ciò, mi par necessario accettare la sentenza del Cuiacio. Si aggiunga che tutte le *denuntiationes* (e l' *optio* era altra di queste) si facevano *per testationem* ([2]).

La *denuntiatio* ex sen. cons. Claudiano (Gai. 1, 91; 160. Ulp. 11, 11) è nella Parafrasi greca delle Istituzioni (3, 12, 1) spiegata: παραγγελία ἐπὶ μαρτύρων ([3]).

Da ciò viene che la voce *testatio* si prenda frequentemente per *denuntiatio*, come in D. 33, 5, 20: prova evidentissima che niuna *denuntiatio* in genere (e quindi niuna *optio* in ispecie) si faceva senza testimoni.

D. 26, 7, 5, 10 (Ulp. 35 *ad ed.*): « - - - innotescere autem qualiterqualiter sufficit, non utique *testato* eum conveniri; nam *etsi citra testationem*, scilicet undecumque cognovit, *rell.* ».

C. 4, 32, 19 pr. (Diocl. et Max.): « Acceptam mutuo sortem cum usuris licitis creditori post *testationem* offer ac, si non suscipiat, consignatam in publico depone *rell.* ([4]).

D. 39, 1, 8, 1 (Paul. 43 *ad ed.*): « Qui opus novum *nuntiat*, si quid operis iam factum erit, in *testationem* referre debet, ut appareat, quid postea factum sit ».

([1]) Cfr. anche VOIGT, *Die XII Tafeln*, I, p. 163 sg.

([2]) Glossa *apud* BRISSONIUM, *De verb. sign.*, s. v. " *Nunciare* (sic): *nunciare* novum opus est prohibere *testatione*, ne novum opus fiat ".

([3]) Cfr. pure il tit. Paul. *Sent.* 2, 21*a*. Si può citare anche lo scoliaste di Orazio al notissimo passo *Sat.* 1, 9, 76 sq.: " denuntiantes litem antestatos habeant *rell.* ".

([4]) Cfr. Antonino Caracalla in C. h. t. 6 (a. 212):: " Si creditrici - - - pecuniam debitam cum usuris *testibus praesentibus* obtulisti, eaque non accipiente obsignatam eam deposuisti, *rell.* ".

Vat. fr. 95 (Paul. 2 ⟨?⟩ *resp.*): « Paulus respondit solam *testationem* dotis repetendae non sufficere ad moram doti factam *rell.* ».

D. 14, 6, 16 (Paul. 4 *resp.*): « - - - debet pater, si actum filii sui improbat, continuo *testationem* interponere contrariae voluntatis ».

D. 25, 7, 3 pr. (Marcian. 12 *instit.*): « - - - si honestae vitae et ingenuam mulierem in concubinatum habere maluerit, sine *testatione* hoc manifestum faciente non conceditur *rell.* ».

b) *Presenza dell' erede.* Se l' *optio* ci si presenta come *testatio*, vale a dire come solenne *denuntiatio*, è chiaro che non senza motivo alcuno richiedeva il Cuiacio la presenza dell' erede [1] e che non è il caso di dire con il Bernstein: « *ganz ohne Grund* fordert Cuiacius die Gegenwart des Erben » [2].

A mio avviso, la cosa doveva procedere nel modo seguente. Il legatario si recava con i suoi testimoni alla casa dell'erede, e da lui si faceva presentare *(exhibere)* [3] gli oggetti, fra i quali gli competeva il diritto di scelta. Presentati gli oggetti, il legatario sceglieva in presenza dell' erede e dei testimoni [4].

La *denuntiatio* aveva dunque un duplice scopo: invitare l' erede alla *exhibitio* e parteciparg̀li la scelta. Se l' erede non si lasciava trovare, si poteva ricorrere ad una *denuntiatio domum* secondo il consueto. L' analogia di altri casi, per es. dell' *operis novi nuntiatio* [5], fa credere tuttavia che la presenza dell' erede non fosse indispensabile, benchè dovesse regolarmente avere luogo.

---

(1) *Recit. sol.* ad D. h. t. 20.

(2) Loc. cit., p. 173.

(3) Se l' erede si rifiutava all' *exhibitio*, aveva luogo, secondo il solito, l' *actio ad exhibendum*: vedi più avanti. D. 33, 6, 2, 1 (Pomp. 6 *ad Sab.*) si riferisce ad un legato di obbligazione (*ex testamento agendo*).

(4) Cfr. D. h. t. 4: " Scyphi electione data, si non omnibus *scyphis exhibitis* legatarius elegisset, *rell.* ".

(5) L' analogia sta, a mio avviso, in ciò: che questa *nuntiatio* è diretta a fornire un' azione al nunziante, precisamente come l' *optio*, determinando l' oggetto del legato, permette all' optante di istituire la *rei vindicatio*.

c) *Solennità dell' atto.* L' *optio* doveva aver luogo con solenni parole (*nuncupatio*). Questo è requisito generale di tutte le *denuntiationes* (1).

Il Bernstein (2) congettura una formola così concepita: « quod me Publius Maevius testamento servum optare iussit, Stichum servum opto ⟨eligoque ?⟩ ».

Invece il Voigt (3) congettura la formola come segue: « quandoque L. Titius testamento mihi Philargyri Agatheaeque optionem dedit, Philargyrum opto ».

Lo stesso autore (4) ricostruisce analogamente la formola dell' *optio tutoris*: « quandoque L. Titius testamento mihi tutoris optionem dedit, te, L. Sei, tutorem opto ».

Evidentemente e all' uno e all' altro era presente la formola della *cretio hereditatis*, che da Gaio e Ulpiano (5) sappiamo essere stata: « quod me Publius Maevius testamento suo heredem instituit, eam hereditatem adeo cernoque ».

Non vogliamo negare la probabilità di tale analogia; ma ci pare vano sforzo il ricostruire formole là dove mancano attendibili elementi per farlo (6).

23. Sotto l' Impero tali formalità dovettero subire quel processo di riduzione che s' avverò per tutti gl' istituti consimili. Com' è noto, s' introdusse l' uso della *denuntiatio* per iscritto (7). Essa però prese piede solo a poco a poco e, se non erro, dovette cominciare nei casi di *denuntiatio domum* per gli assenti e i latitanti. Nel diritto nuovo la troviamo regolarmente applicata.

---

(1) Gai. 4, 18; D. 24, 2, 2, 1 (Gai. 11 *ad ed. prov.*); cfr. Voigt, *Die XII Tafeln*, I, p. 191; II, p. 221.

(2) Op. cit., pp. 172-73.

(3) *Die XII Tafeln*, p. 221 n. 11.

(4) Op. cit., II, p. 419 n. 6.

(5) Gai. 2, 166; Ulp. 22, 28. In Gaio la formola è più completa. Non occorre ricordare essere stata anche la *cretio hereditatis* un *actus legitimus*.

(6) Anche al nostro caso si possono applicare le savie osservazioni di un critico e romanista argutissimo, M. Wlassak, *Edict und Klageform* (1882), pp. 3-5, e *Ztschr. für pr. u. öff. Recht*, 12, 1885, p. 257. Vedi del resto anche Lenel, *Edictum*, p. 8.

(7) La *denuntiatio domum ex sen. cons. Planciano* dovette avvenire per affissione sulla porta della casa: cfr. Asverus, *Die Denunciation der Römer*, p. 125.

C. 4, 30, 14, 4 (Iustinian., a. 528): « - - - licebit - - - *denuntiationibus scripto missis* querellam non numeratae pecuniae manifestare ».

C. 4, 34, 11, 3 (id., a. 529): « - - - *in scriptis* attestatio ».

È da credersi che in questo caso la *denuntiatio* dovesse essere munita delle firme e dei sigilli dei testimoni: tanto appare anche dall' esempio dello stesso testamento, il quale, diventato atto scritto, dovette essere corroborato dalle firme e dai sigilli dei testimoni. Si veda anche

D. 48, 19, 9, 5 (Ulp. 10 *de off. proc.*): « Solet et ita interdici, ne - - - *testationes consignent* ».

Quando l'*optio*, come le altre specie di *denuntiationes*, cominciò a farsi per iscritto [1], l' importanza della *nuncupatio* restò molto scemata. La tendenza generale non era poi quella di conservare le formole antiche. Già vediamo in Ulpiano come le formole degli atti giuridici sieno riportate assai meno religiosamente che in Gaio. In processo di tempo l' *optio* dovette ridursi a una semplice dichiarazione avanti a testimoni, senza solennità di parole, della scelta fatta dal legatario.

Si può anche credere che non fosse più necessario recarsi alla casa dell' erede, ma che si potesse fargli pervenire d' ufficio la *denuntiatio* [2]: questo nel caso che il legatario non volesse esigere la *exhibitio*, o che a questa l' erede non fosse presente.

24. È tempo ora di esaminare (per quanto ci concerne) il famoso frammento papinianeo

D. 50, 17, 77 (Papin. 28 *quaest.*): « Actus legitimi, qui non recipiunt diem vel condicionem, veluti mancipatio, acceptilatio, hereditatis aditio, *servi optio*, datio tutoris, in totum vitiantur per temporis vel condicionis adiectionem *rell.* » [3].

---

[1] Per l'*optio* dovette rimanere tuttavia frequente l'antica forma orale. Si pensi infatti che per intraprenderla occorreva (a meno che non vi rinunziasse il legatario) la previa *exhibitio*: alla quale eran presenti i testimoni e ordinariamente anche l' erede.

[2] Per l' *operis novi nuntiatio*, vedi D. 39, 1, 5, 10 e D. eod. 16.

[3] Cfr. Voigt, *Ius naturale*, III, p. 34.

Secondo Papiniano dunque l'*optio servi* è atto legittimo non suscettibile nè di termine nè di condizione, almeno espressa. L'inammissibilità del *dies* non poteva recare alcuna difficoltà nella pratica; poteva recarne invece quella della *condicio*. Infatti si possono immaginare innumerevoli casi in cui — lasciata, per es., l'*optio* d'un servo — la scelta si farebbe diversamente secondo che s'avveri o no un avvenimento sperato o temuto. Qui sarebbe comodissima un'*optio sub condicione*. E se la repugnanza ad ammettere la validità dell'apposta *condicio* veniva a creare un incomodo per il legatario, questo era compensato abbondantemente dal vantaggio che egli si ritraeva, fissandosi irrevocabilmente l'oggetto del legato (1). All'erede restava così libera disposizione di tutti gli altri oggetti, e ogni vincolo all'amministrazione del patrimonio cessava definitivamente.

25. Diverse sono le ragioni addotte dagli scrittori per spiegare la inammissibilità della *condicio* (2) nell'*optio*. V'ha chi vorrebbe derivare questo carattere dell'*optio* da ciò, che l'*optio* implica essa stessa condizione (3): noi dimostreremo però più avanti come questo presupposto punto non regga, nonostante il contrario insegnamento di Giustiniano (Inst. 2, 20, 23). Altri invece (4) sostiene che l'*optio* è tale manifestazione di volontà, che non può avvenire se non si trovano le condizioni necessarie alla sua immediata attuazione. A dire il vero, questa naturale repugnanza io non la saprei trovare. Non vedo cioè come sia intrinsecamente impossibile una dichiarazione di questo tipo: « si navis ex Asia venerit, Stichum hominem opto ». Il Bernstein invece (5), seguendo il Hoelder (6), risale alla già ricordata legge di corrispondenza, e nega che possa essere condizionata e incerta una dichiarazione che deve rispondere ad un'offerta assoluta (7).

---

(1) Cfr. quanto si dice più avanti.

(2) Cfr. Bernstein, loc. cit., p. 181 sg.

(3) Vedi, per es., Fitting, nell'*Archiv für civilistiche Praxis*, 39, p. 346.

(4) Per es. Scheurl, *Zur Lehre von den Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften* (1871), p. 301.

(5) Loc. cit., p. 181.

(6) Vedi *Krit. Vierteljahresschr.*, 16, 1869, p. 239.

(7) Dice il Hoelder, loc. cit.: " Der Grund ist einfach der, dass ein Angebot nicht anders, als genau so wie es gemacht ist, angenommen werden kann ". E il Bernstein, loc. cit., p. 181: " Eine jede Acceptation

Più esattamente si dovrebbe parlare di « invito a optare », il quale è fatto in forma assoluta: *optato*. Ma, se non ci siamo apposti male quando abbiamo argomentato che in origine la formola dovesse suonare *optionem do*, quella spiegazione, che deve appunto riferirsi alle origini dell'istituto, non è forse troppo evidente. Si comprende benissimo che ad un imperativo del testatore *Titius heres esto* debba corrispondere l'assoluta accettazione della eredità; ma non si vede altrettanto perchè, data la formola *optionem do*, che indica l'offerta generica o alternativa di un diritto da determinarsi dal legatario, vi debba necessariamente rispondere una scelta incondizionata. Siamo piuttosto al fenomeno generale della concentrazione degli atti giuridici dell'antico diritto [1]. Questa non è una spiegazione logica, ma una verità storica. Le antiche *actiones* (presa questa parola nel suo lato senso) non ammettevano di regola l'aggiunta di *dies* o *condicio*: pochissime erano le eccezioni, richieste da bisogni economici evidenti [2]. È naturale che, a poco a poco, crescendo tali bisogni, anche le eccezioni aumentassero al punto da formare quasi la regola nei tempi del diritto classico [3]. Fra gli atti invulnerati dai nuovi progressi giuridici ed economici rimase la *servi optio* [4]: lo stato d'incertezza già creato dal *legatum optionis* non si sarebbe volentieri aumentato con l'ammettere l'*optio* condizionata.

Un'*optio* condizionata è pertanto atto nullo. La situazione del legatario e dell'erede rimane la stessa di prima ed il le-

---

muss genau der Offerte entsprechen. Eine Annahme, die die eigene Zusage an Bedingungen und Befristungen knüpft, ist gar keine, ist ungültig „. Cfr. WINDSCHEID, *Pandekten*, I⁴, p. 220 sg. n.

(1) Vedi JHERING, *Geist des r. Rechts* (1ª ed.), III, § 53.

(2) Vi potè contribuire l'esempio di un'*actio* del diritto sacro, il *votum*, in cui la condizionalità è essenziale.

(3) Vedi ora anche il VOIGT, *Die XII Tafeln*, I, p. 146 n.

(4) Per dimostrare che la ragione dalla inammissibilità del *dies* o della *condicio* è affatto storica e intrinseca alla natura dell'atto, giova ricordare la *datio tutoris*, di cui in questo passo fa pur menzione Papiniano. Mentre infatti era vietato aggiungere termine o condizione alla *datio tutoris* atiliana o giuliotiziana (D. 50, 17, 77. 26, 1, 6, 1, Ulp. 38 *ad Sab.*), si ammise che si potesse invece aggiungere e l'uno e l'altra alla *datio tutoris* per testamento: cfr. Ulp. (24 *ad Sab.*), D. 26, 2, 8, 1 sqq. È però sicuro, d'altra parte, che questo fu concesso soltanto dopo la *Lex Atilia*: cfr. Ulp. (37 *ad Sab.*), D. 26, 2, 11 pr.

gatario può ripetere l'*optio*, nulla ostando quella compiuta senza alcun valore. Vedi, per analogia, quanto si dice della *datio tutoris*:

D. 26, 1, 6, 1 (Ulp. 38 *ad Sab.*): « *Sub condicione* a praesidibus provinciarum *non posse dari tutorem* placet et, si datus sit, *nullius esse momenti* dationem *rell.* ».

E per l'*aditio hereditatis*:

D. 29, 2, 51, 2 (Afric. 4 *quaest.*): « Sed et si quis ita dixerit: ' si solvendo hereditas est, adeo hereditatem ' (1), *nulla aditio est* ».

26. Si può chiedere se per l'*optio* si esigesse quella certezza subbiettiva, che vediamo richiesta per l'*aditio hereditatis* (2). Le ragioni sono le medesime. Si tratta di una dichiarazione solenne ed esplicita, la quale non può farsi che da chi ha la certezza del proprio diritto. L'*optio* fatta in istato d'incertezza sarebbe nulla. Così, per es., nel caso che il legatario si trovasse in dubbio sulla validità del testamento, in forza del quale l'erede ha adìto l'eredità, o se l'adizione abbia avuto o no luogo, se la crezione sia stata o no valida, e così via. Tanto meno poi potrà *optare* prima dell'adizione, giacchè, non sapendo ancora se verrà adìta l'eredità e sarà confermato il legato, sarebbe *incertus de iure suo*:

D. h. t. 16 (Ter. Clemens, 15 *ad leg. Iul. et Pap.*): « Optione legata, placet non posse ante aditam hereditatem optari et *nihil agi si optaretur* » (3).

Così abbiamo tentato di risolvere la questione: perchè non si possa optare *ante aditam hereditatem*. Secondaria ci pare invece la ragione addotta da Bernstein (4), che l'*optio* non

---

(1) Non occorre osservare che Africano avrà scritto " eam hereditatem adeo cernoque ": vedi Gai. 2, 166. Ulp. 22, 28.

(2) D. 29, 2, 32; 34 (Ulp. 8 *ad Sab.*); D. eod. 33 (Paul. 12 *ad Plaut.*); 51 pr. (Afric. 4 *quaest.*); 93 (Paul. 3 *Sent.*) etc. Vedi anche D. eod. 22 (Paul. 2 *ad Sab.*).

(3) Del resto, tale massima non fu ammessa che relativamente tardi: Paolo (2 *ad Sab.*), D. 30, 10, crede necessario di confortarla con l'autorità di Giuliano.

(4) Op. cit., p. 175.

può farsi prima, giacchè con essa si attua il legato e si rende subito esperibile la *rei vindicatio* [1], e questa non è ammissibile prima che l'eredità venga adita. Il Cuiacio [2] — seguìto dai più, fra cui, per esempio, dal De-Gioannis [3] — dice che la ragione sta nel requisito della presenza dell'erede all'*optio*: è impossibile fare l'*optio* finchè non esista l'erede [4]. Abbiamo già osservato come questa presenza dell'erede all'*optio* non sembri essere stata indispensabile. E nemmeno si potrebbe dire che l'*optio*, come forma di *denuntiatio*, esigesse l'esistenza di persona « passivamente legittimata », ossia dell'erede. Giacchè qui pure si dovrebbe osservare che, per sè, la *denuntiatio* non esige necessariamente la qualità attuale di erede nel « denunziato »: nulla vieta che si possa denunziare all'erede futuro.

Riassumendo pertanto diremo: siccome l'*optio* consiste in una esplicita dichiarazione, essa non può farsi da chi non è ancora certo del proprio diritto. È perciò evidente che non possa aver luogo prima dell'adizione della eredità [5].

27. L'*optio* non opera soltanto l'effetto di far conoscere all'erede la scelta fatta dal legatario; essa opera vero acquisto di dominio. Dal momento in cui cessa mediante quest'atto solenne lo stato d'incertezza ed è determinato l'oggetto del legato, questo — che è un legato di proprietà — può subito attuare la propria efficacia facendo acquistare al legatario il dominio della cosa optata. In altre parole, l'*optio* costituisce un'*occasio adquirendi* [6].

D. 50, 16, 28 pr. (Paul. 21 *ad ed.*): « - - - qui *occasione adquirendi* non utitur non intellegitur alienare, veluti qui he-

---

[1] Vedi *infra*, p. 320 sgg.

[2] *Recit.* ad h. t. (*Opera*, ed. cit., IV, col. 1515).

[3] *Il diritto di scelta della cosa legata*, in *Archivio giuridico*, 14, 1875, p. 123.

[4] Il De-Gioannis, loc. cit., p. 434, ricorda per analogia D. 30, 91, 1.

[5] Tanto più che l'incertezza non potrebbe per le cose suesposte esprimersi con l'apposizione di una *condicio*; non sarebbe cioè ammissibile una *optio* di questa forma: " si Titius hereditatem adierit, Stichum hominem opto ".

[6] Cfr. Bernstein, loc. cit., p. 169 sg.

reditatem omittit aut optionem intra certum tempus datam non amplectitur ».

Lo stesso passo è istruttivo anche per il parallelo che istituisce fra il *legatum optionis* e l'*aditio hereditatis*. Entrambi questi atti sono dichiarazioni di accettare un diritto offerto; entrambi costituiscono una vera *occasio adquirendi*. Lo stesso parallelo si trova in molti altri testi.

D. 40, 12, 25 pr. (Gai. *ad ed. pr. urb. tit. de lib. causa*): « Si cui de libertate sua litiganti *optio* legata sit, quaecumque *hereditate ei relicta* dicuntur, eadem et de optione tractari possunt » (1).

D. 50, 17, 77 (Papin. 28 *quaest.*): « Actus legitimi - - - veluti - - - hereditatis *aditio*, servi *optio* ».

D. 4, 3, 9, 1 (Ulp. 11 *ad ed.*): « Si autem mihi persuaseris, ut repudiem *hereditatem*, quasi minus solvendo sit, vel ut *optem* servum (2), quasi melior eo in familia non sit, dico de dolo dandam, si callide hoc feceris ».

L'*optio* è, come l'*aditio*, eminentemente personale. È infatti diretto *ad personam* l'invito che il testatore fa di optare, '*optato*'; alla persona era data la facoltà di scegliere nella formola originaria '*Titio - - - optionem do*'; alla persona e al suo arbitrio viene pur sempre deferita la scelta anche nelle formole più recenti '*quae volet*', '*quae voluerit*'.

Inst. 2, 20, 23: « - - - nisi ipse legatarius vivus optaverat, ad heredem legatum non transmittebat » (3).

---

(1) Il passo è molto oscuro, nè riceve gran luce da quanto si legge nei Bas. 48, 8, 25: Εἰ τῷ δικαζομένῳ περὶ τύχης ἐπιλογὴ ληγατευθῇ, ἐκεῖνα κρατεῖ, ὅσα καὶ εἰ κλῆρος αὐτῷ καταλειφθῇ. Ad ogni modo, è ben chiaro che un legato di opzione viene paragonato negli effetti ad una delazione di eredità.

(2) Qui l'*optio* si paragona al ripudio dell'eredità; poichè l'*optio* di un oggetto implica il rifiuto di tutti gli altri. L'*optio* ha dunque anche una funzione negativa; ma non può essere tuttavia espressa in forma negativa (vedi la nota al § 15 [*supra*, p. 292 n. 2]). Altre conseguenze di questa funzione negativa dell'*optio* si menzioneranno più avanti.

(3) D. 33, 5, 19 (Paul. 3 *Sent.*) si riferisce senza dubbio al *legatum optionis*, e pertanto bisogna ammettere (ciò che del resto non arreca veruna

Con la quale massima coincide l' altra: *hereditas nondum adita non transmittitur ad heredes.*

Dal carattere personale dell' *aditio* discende che essa non può farsi per rappresentante.

D. 29, 2, 90 pr. (Paul. 12 *resp.*): « Respondit per curatorem hereditatem adquiri non posse ».

Ed è da credere che la stessa conseguenza avesse la personalità dell' atto a riguardo dell' *optio.* Un' analogia offre pure l' *obligatio* alternativa, in cui il creditore siasi riservato il diritto di scelta: « Si stipulatus fuerim ' illud aut illud, quod ego voluero ', haec electio personalis est et ideo servo vel filio talis electio cohaeret » (D. 45, 1, 76 pr.).

Il servo e il *filiusfamilias* non possono adire l' eredità che per *iussus* del *dominus* o *paterfamilias* (1). La ragione arrecata nelle fonti è che, potendo l' eredità essere oberata, sarebbe stato pericoloso lasciare che l' eredità si acquistasse dal familiare senza precedente *iussus* del *paterfamilias*:

D. 29, 2, 6 pr. (Ulp. 6 *ad Sab.*): « Qui in aliena est potestate non potest invitum hereditati obligare eum in cuius est potestate, ne aeri alieno pater obligaretur ».

Lo stesso ha luogo per l' *optio legata*:

D. 30, 10 (Paul. 2 *ad Sab.*): « Iulianus nec a filiofamilias sine iussu patris optari posse - - - putat: quod est verum ».

Noi abbiamo infatti già visto come l' *optio* abbia una funzione negativa: scelta di un oggetto equivale a rifiuto di tutti gli altri. Una scelta inopportuna potrebbe quindi danneggiare considerevolmente il *paterfamilias* (2).

---

difficoltà) che i giustinianei abbiano cancellata la negazione (" ⟨non⟩ placuit "). Cfr. HOTMAN e MURETO nei loro rispettivi commenti a Inst. 2, 20, 23. Contra: VOORDA, *Interpr. et emend.*, I (Traiecti ad Rh., 1768), p. 30; e, in sostanza, anche SCHRADER, *Inst.* ad h. l., p. 374. Invece a un mero legato di genere si riferisce D. 36, 2, 12, 7 (Ulp. 23 *ad Sab.*): " Si cui homo generaliter sit legatus et, antequam vindicet, decesserit, ad heredem suum legatum transfert ".

(1) Gai. 2, 87. D. 29, 2, 6 pr.; 35 pr., 36. Ulp. 22, 11-13 etc.

(2) Vedi D. 4, 3, 9, 1 già citato [*supra,* p. 306]. Cfr. BERNSTEIN, loc. cit., p. 170 sg.

Le ragioni però sono assai meno forti in questo caso che in quello di *hereditatis aditio*, il che spiega pure perchè la massima venisse formandosi, o almeno consolidandosi, soltanto tardi: Paolo la riconduce a Giuliano, il quale stesso non sarebbe stato senza qualche titubanza (*putat*). Con questo tardo riconoscimento della massima conviene anche la funzione che qui esercita il *iussus* del *paterfamilias*. Come è noto — e come non dovrebbe essere dubbio per nessuno dopo le argute osservazioni del Pernice [1] — il *iussus* nell'*aditio hereditatis* non era affatto un comando, almeno nella sua origine. Praticamente esso non significava che « garanzia per i debiti ereditari » e si distingueva dalla *auctoritas* solo per ragioni formali (Ulp. 8 *ad Sab.*, D. 29, 2, 25, 4). Solo più tardi si propendeva a identificare sempre più il *iussus* col mandato (D. 29, 2, 25, 5-6). Il *iussus* applicato al *legatum optionis* non risponde al vero tipo dell' istituto, quale appare e per l' *aditio hereditatis* e per l' *actio quod iussu* etc.: ma si avvicina più al mandato.

Benchè il figlio (o il servo) non possa optare il legato nè adire la eredità senza *iussus* del *paterfamilias* (o del *dominus*), questi non avrebbe potuto compiere da se stesso tali atti. Onde, come prova e la ragione delle cose e la sicura analogia dell' *aditio*, se il figlio (o il servo) muore prima d' avere optato o lascia trascorrere il tempo utile, il *paterfamilias* (o il *dominus*) non può già optare egli stesso; ma il diritto rimane.

D. 35, 2, 63 pr. (Paul. 2 *ad leg. Iul. et Pap.*): « - - - cum multis causis accidere possit, ne iussu nostro adeat (*scil.* servus): adquirit nobis certe cum adierit, esse autem praeposterum ante nos locupletes dici, quam adquisierimus ».

Un' altra specialità del *legatum optionis* è quella che concerne il ripudio totale del legato. Non è da porsi in dubbio che per il legato di proprietà (tranne forse che per i proculiani) il diritto di ripudiare competesse al *dominus* o al *pater* [2]. La ragione sta in ciò, che il legato si acquista tosto [3] e *ipso*

---

[1] *Labeo*, I, p. 504 sg.

[2] Vedi D. 30, 101 pr. con le osservazioni del Pernice, *Labeo*, I, p. 144 sg.

[3] Sul come vada intesa la regola sul *dies cedens* nei legati fatti ai servi, vedi Pernice, loc. cit.

iure per il servo o figlio al *paterfamilias*; e, per canone generale, *is potest repudiare qui et adquirere potest* (D. 29, 2, 18). Non così per il *legatum optionis*, benchè sia una forma di legato di proprietà. Poichè, tranne il caso di riduzione degli oggetti, qui *dies cedens* s' identifica con *dies veniens*: il legato si acquista mediante l'*optio*. Ora, l'*optio* è atto eminentemente personale: non può compierla che colui al quale il testatore ha voluto concederla. Solo chi ha facoltà di compiere un atto ha pure quella di rinunziarvi: ed ecco come arriviamo alla conseguenza che un *legatum optionis* non può essere ripudiato che dal *filiusfamilias* o servo onorato, benchè non senza la volontà del *paterfamilias* o del *dominus*. Ciò è in analogia con il caso di delazione di eredità [1]; a proposito del quale s' introdussero tuttavia alcune modificazioni (Ulp. 7 *ad Sab.*, D. 29, 2, 13, 3; Paul. 2 *ad Sab.*, D. eod. 14).

Pare anche che il *dominus* potesse validamente ripudiare l' eredità deferita al servo. Se tali modificazioni avvenissero anche per l' *optio*, non ci è dato di accertare.

28. Dall' essere l' *optio legata* anche modo d' acquisto discende un' importante conseguenza. Poichè l' *optio* ha operato trasmissione del dominio sull' oggetto scelto, dall' erede al legatario, e poichè ha liberato tutti gli altri oggetti non scelti da ogni vincolo derivante dal legato, ne viene che essa non può più ripetersi nè ritrattarsi: una volta compiuta, sarebbe tardo ogni pentimento.

D. 30, 5 pr. (Paul. 1 *ad Sab.*): « Servi electione legata, semel dumtaxat optare possumus » [2].

Non contiene una eccezione [3]

---

[1] Intorno a questa è di diverso parere il PERNICE, *Labeo*, I, p. 165 sg.

[2] Alquanto artificiosa, benchè non inelegante, è altra interpretazione che il BERNSTEIN (loc. cit., p. 175) propone di questo passo: " Der Wahlact soll nicht in eine Anzahl Einzelacte zerbröckeln, er soll einheitlich sein ".

[3] Nulla ha capito di questo passo l' ACCURSIO, che scrive (ad h. l.): " *non mutassem voluntatem*] quam mutare possem iure forte minoris aetatis - - aut patriae potestatis (questa infelicissima espressione si riferisce a D. 30, 10) - - aut quia non fuisset mihi tota familia exhibita - - aut ante aditam hereditatem - -; ceterum semel iure facta optio mutari non posset ".

D. 33, 5, 8, 2 (Pomp. 6 *ad Sab.*): « Unius hominis mihi et tibi optio data est: cum ego optassem, si non mutassem voluntatem, deinde tu eundem optaveris, utriusque nostrum servum futurum ».

In questo caso è lasciata a due collegatari l'*optio* di un servo; per es.: '*Lucius Titius et Publius Maevius ex universa familia mea hominem unum optanto*' (1). Qui l'*optio* non può essere intrapresa che dai due collegatari. Se uno solo compie la scelta, egli fa atto di nessuna efficacia. Soltanto per ragioni di equità Sabino (o il suo commentatore Pomponio) ammette che, avendo uno optato e perdurando nella sua volontà e coincidendo con la sua scelta quella dell'altro, le due opzioni si debbano combinare insieme e abbiano così efficacia (2). Se dunque appare concesso *mutare voluntatem*, è perchè l'*optio* isolata di un solo in questo caso non ha valore.

Si veda, del resto, anche

D. 33, 5, 20 (Lab. 2 *post. a Iav. epitom.*): « Apud Aufidium libro primo rescriptum (*l.* responsum) est: cum ita legatum est: '*vestimenta, quae volet, triclinaria sumito sibique habeto*', si is dixisset, quae vellet, deinde, antequam ea sumeret, alia se velle dixisset, mutare voluntatem eum non posse, ut alia sumeret, quia omne ius legati prima testatione, qua sumere se dixisset, consumpsit, quoniam res continuo eius fit, simul ac si dixerit eam sumere ».

29. Perchè l'*optio* sia irrevocabile, deve essere efficace. Non è tale (come si diceva nel § 28) l'*optio* compiuta da un solo legatario, qualora il *legatum optionis* sia lasciato a più collegatari. Non è tale (come fu espresso nel § 26) l'*optio* intrapresa *ante aditam hereditatem*.

D. 33, 5, 16 (Ter. Clemens 15 *ad leg. Iul. et Pap.*): « Optione legata, placet non posse ante aditam hereditatem optari et nihil agi si optaretur ».

---

(1) Non riuscendo ad accordarsi in questo caso i collegatari, il legato non poteva avere effetto. A qualche mitigazione e rimedio sembra però che si fosse pensato: vedi C. 6, 43, 3 pr.

(2) Ciò fu, come *humanius*, esteso al caso che uno, dopo avere optato per suo conto, morisse o diventasse pazzo prima che optasse l'altro. In tale specie non si può discorrere di volontà perdurante.

Compiuta invece in modo e tempo debito, l' *optio* consuma il legato. Io non credo troppo audace l' asserire che anticamente tale efficacia dovesse avere l' *optio* ancorchè l' oggetto scelto non fosse suscettibile di scelta, o il legatario per errore non avesse fatto la scelta più conveniente. L' esame delle fonti mi fa credere che, in origine, la funzione consuntiva dell' *optio* fosse eminentemente formale e che solo più tardi si avesse riguardo al suo contenuto. Questo pare risultare da D. 31, 19 (Cels. 18 *digest.*), che si riferisce forse a un *legatum optionis* e, comunque, offre una sicura analogia.

Si noti anche il modo incerto con cui argomenta un giureconsulto assai più recente.

D. 33, 5, 2, 2 (Ulp. 20 *ad Sab.*): « Data igitur optione, si quis optaverit alienum servum vel hominem liberum, videndum est, an consumpserit optionem: *et puto non consumi* ».

Con minore titubanza si esprime Paolo nel caso che il legatario scelga senza conoscere tutti gli oggetti dedotti in legato; ma pur sempre in modo da manifestare che si tratta di una giurisprudenza che ai suoi tempi cominciava a stabilirsi.

D. 33, 5, 4 (Paul. 3 *ad Sab.*): « Scyphi electione data, si non omnibus scyphis exhibitis legatarius elegisset, integram ei optionem manere *placet*: nisi ex his dumtaxat eligere voluisset, cum sciret et alios esse ».

In un passo che i compilatori hanno messo in rapporto con quello, ora riferito, di Paolo, si dice:

D. eod. 5 (Afric. 5 *quaest.*): « nec solum si fraude heredis, sed etiam si alia qualibet causa id evenerit ».

Probabilmente si cominciò a concedere la ripetizione dell' *optio* quando questa era stata viziata da dolo dell' erede [1]; quindi la si ammise anche in caso di semplice errore.

Speciale menzione ha nelle fonti il caso che venga lasciata l' *optio* di una certa misura di vino e il legatario scelga aceto.

---

[1] Prima il legatario poteva esperire contro l' erede un' *actio doli*: per questo riguardo, è evidente l' analogia con D. 4, 3, 9, 1 (Ulp. 11 *ad ed.*) [*supra*, p. 306].

D. 33, 5, 2, 3 (Ulp. 2 *ad Sab.*): « Eum, cui centum amphorarum electio data est, acetum eligentem non consumere optionem, *si id acetum elegerit, quod vini numero paterfamilias non habuit* ».

È strana qui la costruzione con l'accusativo e l'infinito. Forse ciò pende dal costrutto originario, da cui i compilatori hanno scelto il frammento: difficilmente dal *puto* del paragrafo antecedente [1]. La restrizione che adduce Ulpiano, nelle parole che noi abbiamo sottolineato, è in perfetto accordo con altri testi, specialmente dello stesso giureconsulto. Per es.

D. 33, 6, 9 pr. (Ulp. 20 *ad Sab.*): « - - - igitur et acetum, quod vini numero paterfamilias habuit, et zythum et camum - - - vini numero habebuntur ».

Si può quindi asserire che, se l'aceto optato dal legatario era vino al tempo in cui fu fatto il testamento, e solo più tardi inacidì, l'*optio* si dovesse ritenere consumata e irretrattabile:

D. eod. 9, 2: « Item si quis vinum quod habuit legavit, deinde hoc coacuit, licet postea in aceti locum translatum sit a patrefamilias, vino legato continebitur, quia id, quod testamenti facti tempore vinum fuit, demonstratum est ».

In D. 33, 5, 3 però Ulpiano (23 *ad Sab.*) soggiunge: « scilicet si ante exhibitionem, hoc est ante degustationem, acetum elegerit ».

La quale decisione dimostra ancora una volta quanto era nuova e incerta ai tempi di Ulpiano la giurisprudenza che indagava il contenuto dell'*optio*, per determinarne l'efficacia consuntiva. Se il testatore ha lasciato la scelta fra gli oggetti della serie $a_1\ a_2\ a_3 \ldots a_n$, come dire attuata la sua volontà, quando il legatario (sia pure dopo l'*exhibitio* e per balordaggine) ha scelto fra quelli della serie $b_1\ b_2\ b_3 \ldots b_n$?

Si potrebbe forse osservare che tutti i passi citati su questo argomento sono di Ulpiano: del quale giureconsulto ci

---

[1] [In *Legati e fedecommessi*, p. 263, il Ferrini dubita che dal testo di Ulpiano i compilatori abbiano eliminato una citazione di Giuliano].

è conservata una speciale opinione in D. 18, 1, 9, 2 (28 *ad Sab.*), ove si dice che il vino e l'aceto hanno *eadem prope* οὐσία. Ma l'osservazione di Ulpiano si restringe all'aceto fatto con vino: « *si modo vinum acuit: ceterum si vinum non acuit, sed ab initio acetum fuit, ut embamma, aliud pro alio venisse videtur* ». È dunque escluso ogni aceto non fatto con vino, e lo stesso aceto fatto con uve immature [1]; mentre anche a questi indubbiamente si riferiscono i fr. 2, 3 e 3 D. 33, 5.

Qualche volta chi ha optato può ottenere la *restitutio in integrum*. Per i minori questo ci è espressamente ricordato in

D. 4, 4, 7, 7 (Ulp. 11 *ad ed.*): « Pomponius quoque libro vicensimo octavo scribit et si sine dolo cuiusquam legatum repudiaverit, vel in optionis legato captus sit dum elegit deteriorem, vel si duas res promiserit, illam aut illam, et pretiosiorem dederit, debere subveniri ».

30. L'*optio* poteva in origine estendersi soltanto agli oggetti di quel genere che al tempo del testamento e della morte erano *ex iure Quiritium* del testatore. Trattandosi poi di *res* « quae pondere numero mensura continentur », bastava che fossero state del testatore al momento della morte. Questo si deduce con sicurezza dalle regole generali sul legato di proprietà (Gai. 2, 196). Dopo il senatoconsulto Neroniano si modificarono le cose e diventò possibile un'*optio* e una *rei vindicatio utilis* anche degli oggetti appartenenti all'erede, e in generale di tutti gli oggetti che fossero stati *ex i. Qu.* del testatore solo al tempo della morte. Per gli altri oggetti poi, il legato non si poteva salvare che considerandolo come legato di obbligazione: e con ciò l'*optio* perdeva ogni speciale efficacia [2]. Il legatario può optare per qualunque degli oggetti, al genere dei quali il legato si riferisce, e per conseguenza anche per il migliore: facoltà questa che viene espressa in modo ancor più evidente nelle forme più recenti del *legatum optionis*: « *quem volet* sumito sibique habeto » etc.

---

[1] Così almeno lo sch. ai Basilici 19, 1, 9 (Heimb. II, 559: cfr. Zachariae, *Supplem.*, p. 257 n.): εἰ δὲ ἐξ ἀρχῆς ὄξος ἦν, τυχὸν ὀμφάκων σταφυλῶν, οὐκ ἰσχύει (*scil.* ἡ πρᾶσις).

[2] Cfr. *supra*, § 5 [p. 279].

D. 33, 5, 2 pr. (Ulp. 20 *ad Sab.*): « Quotiens servi electio vel optio datur, legatarius optabit quem velit » ([1]).

D 4, 3, 9, 1 (Ulp. 11 *ad ed.*): « Si autem mihi persuaseris - - - ut optem servum, quasi melior eo in familia non sit, dico de dolo dandam, si callide hoc feceris ».

Com'è notissimo, ben diversa regola vale nel caso di un legato di obbligazione, in cui la scelta o competa secondo il consueto all'erede o sia deferita al legatario; e così pure nel caso di un legato generico di proprietà.

D. 30, 110 (Afric. 8 *quaest.*): « - - - heredem in hoc teneri, *ut non pessimum det* ».

D. 30, 37 pr. (Ulp. 21 *ad Sab.*): « Legato generaliter relicto, veluti hominis, Gaius Cassius scribit id esse observandum, *ne optimus vel pessimus accipiatur*: quae sententia rescripto imperatoris nostri et divi Severi iuvatur, qui rescripserunt: ' homine legato, actorem non posse eligi ' ».

La regola che vale per il *legatum optionis* è — come fu già osservato ([2]) — ben ragionevole: la volontà del testatore di favorire in modo speciale il legatario è in questo legato evidente. Se però l'*optio* è lasciata a un terzo, si propende (almeno nei tempi classici) a ritenerla *arbitratu boni viri relicta*: non si può scegliere nè la migliore nè la peggiore. E, se l'*optio* passa per rifiuto del terzo al legatario ([3]), anche questi non può scegliere la cosa ottima.

Si può chiedere, nel caso che il testatore siasi espresso in modo indeterminato, quanti oggetti può optare il legatario. Si ammetta, per es., una disposizione di questa natura: *Titius ex familia mea servos optato*. La regola che troviamo in D. 22, 5, 12 (Ulp. 37 *ad ed.*): « pluralis elocutio duorum numero contenta est », non si può senz'altro applicare alle disposizioni testa-

---

([1]) Il CUIACIO invece (*Opera*, ed. cit., IV, c. 1512), partendo dal suo concetto di *legatum electionis*, scrive: " electione data legatario, *neque tacite neque nominatim* legatarius poterit optimum eligere " (?).

([2]) Cfr., per esempio, il DE-GIOANNIS nell'*Archivio giuridico*, 14, 1875, p. 332 sg.

([3]) Vedi *supra*, § 18 [p. 295].

mentarie [1], dove tutto dipende dalla probabile volontà del testatore. Gli è per questo che io non credo una norma speciale per il *legatum optionis* quella che si legge in

D. 33, 5, 1 (Ulp. 2 *ad Sab.*): « Divus Pius Caecilio Proculo rescripsit eum, cui servorum legata sit electio, tres posse eligere ».

Si ritiene ordinariamente che l'imperatore, avuto riguardo all'ampiezza peculiare del *legatum optionis*, abbia concesso di scegliere tre servi, mentre per altri casi « pluralis elocutio duorum numero contenta est » [2]. Ma una tale spiegazione pare alquanto puerile, e non è affatto degna dello spirito dei giureconsulti romani, i quali nell'interpretazione dei testamenti ricercano con indagine felicissima la volontà vera del defunto [3].

Il De-Gioannis osserva, seguendo il Cuiacio [4], che il numero di tre servi era quello di cui si contentava il *frugi vir*. Ma non so come bastino a provarlo i passi da lui addotti. Si aggiunge che il legatario avrà già avuto probabilmente servi suoi propri prima di optare, nel qual caso avrebbe dovuto limitarsi ad uno o due servi pur di completare la triade. Ma ognuno che ricordi le numerose *familiae* dei ricchi romani resterà alquanto stupito a siffatti ragionamenti. D'altra parte, se veramente il numero tre fosse quello parso più consono alla volontà del testatore e alle convenienze sociali del tempo, non vedo perchè il De-Gioannis voglia restringere la massima al *legatum optionis*.

A me veramente la *ratio* della costituzione di Antonino Pio pare ben semplice. Il duale forma pur sempre nel pen-

---

[1] A interpretazione di testamenti si riferisce D. 50, 16, 217, 1 (Iavol. 1 *ex post. Sab.*): " ita data condicione: ' illud facito in diebus ', si nihil praeterea fuisset adiectum, in biduo condicionem impleri oportet ". I primi tre libri dei *poster.* di Labeone si occupavano della dottrina del testamento e dei legati: vedi ora PERNICE, *Labeo*, I, p. 76.

[2] DE-GIOANNIS, *Archivio giuridico* cit., p. 353 sg.; HAIMBERGER, *röm. Recht*, § 422; etc.

[3] [Vedi, in proposito, FERRINI, *Pandette*, p. 145 sg.].

[4] Nelle *Recitat.*, ad l. 1 h. t. (*Opera*, ed. cit., IV, c. 1511): " cuius rescripti ratio haec est, quia frugi hominem quantumvis locupletem deceat contentum esse tribus servis ".

siero e talora nel linguaggio un concetto che non è senz'altro quello del plurale. Spesse volte noi contrapponiamo l'un concetto all'altro (1). Se io dico: « posseggo più cavalli, ho comperato più libri, etc. », difficilmente si può intendere che io alluda al numero due: si penserà che io accenni almeno al numero tre. È questo il numero minimo che s'intende ordinariamente, quando si usa il plurale senza precisare la cifra. La costituzione antoniniana pertanto, ben lungi dall'accordare un'ampiezza speciale al *legatum optionis*, applica la regola generale che, nell'assoluta incertezza, si deve ammettere il minimo peso dell'eredità (2). Essa pertanto si applicherà anche alle altre forme di legato di genere.

Nè osta all'interpretazione da noi data il famoso testo di Ulpiano, D. 22, 5, 12. Quando io scrivo in un testamento: « Tizio scelga fra i miei servi », devo pur avere un'idea della misura in cui intendo favorire Tizio, benchè l'espressione riesca indeterminata e inesatta. Ma, se il legislatore dice *testibus praesentibus* o *testibus adhibitis*, non fa altro che accentuare la necessità che siano presenti testimoni, in qualunque numero essi poi siano. Nulla osterebbe a intendere le parole della legge anche nel senso di un solo teste (3), se, per regola generale, non fosse ammissibile l'unico testimonio (4). Così dicasi di D. 50, 16, 217, 1. Il testatore scrive: *illud facito in diebus.*

---

(1) Si pensi alle frasi " due o più " e somiglianti. Sulla buona via si era messo il KOPATSCH, in Wagner's *Ztschr.*, VII, 1831, p. 420; ma l'ha tosto abbandonata per riuscire ad una spiegazione inverosimile; egli cioè interpreta D. h. t. 1 per le disposizioni scritte in greco o altra lingua avente il duale; gli altri passi riferisce invece alla lingua latina. Peccato che ai tempi di Ulpiano i legati non si potessero scrivere in greco! (Gai. 2, 281; Ulp. 25, 9).

(2) Cfr., per es., D. 30, 32, 1; 37, 1; 39, 6.

(3) Ricordo solo l'*actio rerum amotarum*, che ha luogo anche essendo sottratta una cosa sola; l'*actio arborum furtim caesarum*, che ha luogo anche per il taglio di un albero solo: cfr. Ulp. D. 47, 8, 2, 11 (Ulp. 56 *ad ed.*): " - - - quod ait praetor ' bona rapta ' sic accipiemus, etiamsi una res ex bonis rapta sit "; e § 6 ibid.: " et si *unus homo coactus sit,* adhuc dicemus *homines coactos* "; etc.

(4) Cfr., per es., C. 4, 20, 9 (a. 334): il non accettarsi una sola testimonianza in giudizio fa sì che non si possa chiamare un solo teste a presenziare gli atti giuridici. La costituzione riassume una dottrina e una prassi costante.

Queste parole non danno un senso compiuto: è evidente che fu lasciata per errore una parola nella penna; la parola omessa poteva essere benissimo *duobus*. Non si tratta dunque d'interpretare la volontà del testatore espressa in modo indeterminato; ma si tratta di supplire una lacuna che il testatore ha involontariamente lasciato, mentre credeva d'aver matematicamente precisato il suo pensiero. Ed è naturale credere che il tempo fissato fosse il più breve necessario ad adempiere quella condizione: se essa si poteva compiere *biduo*, perchè non penseremo che la voce omessa sia *duobus?* Nè io ho alcuna difficoltà ad applicare questa decisione allo stesso *legatum optionis:* quando cioè si possa provare che l'espressione è riuscita indeterminata per una omissione involontaria della cifra. La costituzione non si riferisce a questo caso.

È poi già stato avvertito come la costituzione stessa non si possa riferire ad ogni specie di oggetti. Essa contiene infatti una presunzione di volontà, la quale non può essere opportuna per tutti i casi. Abbiamo già visto perchè essa determini il numero tre: e tale determinazione sembra opportunissima per le suesposte ragioni, finchè si tratti di oggetti di valore abbastanza cospicuo. Ma se si tratti di oggetti di tenuissimo valore, sarebbe ridicolo coartare al numero di tre la liberalità del testatore: il quale, esprimendosi indeterminatamente, avrà pur sempre pensato a quella quantità che in proporzione delle proprie sostanze, nonchè dei bisogni e della condizione del legatario, sia più conveniente. Non si vede perchè, riguardo alla quantità, non debbano ammettersi le stesse regole che troviamo sapientemente riconosciute riguardo alla qualità (cfr. per es. D. 30, 50, 3) (1).

Quando il testatore lascia ad un servo la libertà *sub condicione*, è da credersi che non intenda di comprendere anche questo servo nel *legatum optionis*. Da ciò deriva che l'*optio* di un tal servo si ritiene « inefficace »: il legatario può optare poi per un altro servo (2). Ove però la *condicio* venga a mancare prima dell'*optio*, nulla impedisce che il legatario possa scegliere questo servo: non è la *datio statutae libertatis*,

---

(1) Vedi anche DE-GIOANNIS, loc. cit., p. 355 sg.

(2) D. h. t. 9, 1 (Iul. 32 *digestor.*).

ma è la *libertas* stessa quella che impedisce la scelta. In altri termini, il servo è sottratto dalla scelta sotto la stessa condizione con cui la libertà gli è lasciata: avverandosi questa, è sottratto per sempre; non avverandosi prima dell'*optio*, vi ricade naturalmente.

31. S'è visto come l'*optio* non fosse trasmissibile; come cioè, se il legatario prima di eleggere fosse morto, non trasmettesse ai suoi eredi la scelta. Questo principio è anzi arrecato da Giustiniano nelle sue Istituzioni (2, 20, 23) come ciò che caratterizza il *legatum optionis*. È, d'altra parte, sicuro che esso discende dalla personalità esclusiva dell'*optio* [1]. In origine valeva probabilmente lo stesso per le obbligazioni generiche e alternative, in cui la scelta spettasse al creditore [2]; e per conseguenza anche per il legato d'obbligazione in cui la scelta fosse conferita *in personam legatarii*, come nell'esempio ciceroniano in *de inv.* 2, 40, 116 [3]. Siccome però in questo caso sussisteva già prima della scelta il vincolo obbligatorio del debitore e dell'erede, che solo veniva per essa specificandosi, così non fu troppo difficile accordare in tali casi la trasmissibilità del diritto di elezione, benchè paresse pur sempre in poco accordo con la personalità di esso.

D. 45, 1, 76 pr. (Paul. 18 *ad ed.*): « Si stipulatus fuerim ‘illud aut illud, quod ego voluero’, haec electio personalis est et ideo servo vel filio talis electio cohaeret: in heredes *tamen* transit obligatio et ante electionem mortuo stipulatore ».

Non così per il *legatum optionis*. Non esiste avanti l'*optio* alcuna obbligazione dell'erede: il diritto del legatario sulla cosa sorge soltanto con l'*optio*, la quale è un diritto strettamente personale.

Se dunque Giustiniano, in C. 6, 43, 3 pr., parla di dubbi dei *veteres* sul modo di comportarsi quando il legatario fosse morto prima di optare, lasciando più eredi, egli è caduto in una deplorevole confusione: ha confuso cioè questo caso con quello del semplice legato di genere.

---

(1) Altrimenti Giustiniano: vedi *infra* [p. 329 sg.].

(2) [Vedi *supra*, p. 307].

(3) [Vedi *supra*, p. 274 n. 1].

D. 10, 2, 25, 17 (Paul. 23 *ad ed.*): « Si incerto homine legato et mortuo et postea defuncto legatario aliquis ex heredibus legatarii non consentiendo impedierit legatum *rell.* » (1).

Un testo singolare è

D. 33, 5, 10 (Iul. 34 *digest.*): « Si Pamphilo servo L. Titii servus generaliter legatus sit, deinde dominus Pamphili, postquam dies legati cesserit, eum manumisisset: si quidem Titius servum vindicaverit, extinguitur Pamphili legatum, quia non esset in hereditate qui possit optari. si vero Titius legatum a se repudiasset, Pamphilum optare posse legatum constat. licet enim manumissione Pamphili duae personae constituerentur Titii et Pamphili, unius tamen rei legatum inter eas vertitur, et Titio vindicante optio exstinguitur, repudiante Pamphilus optare potest ».

A prima vista sembra che qui si discorra di un *legatum optionis* (« optare » « optio » etc.), e di una trasmissibilità dell'*optio* dal padrone ripudiante al servo onorato da tale disposizione (2). Ma in realtà, che non si tratti di un *legatum optionis* mi par chiaro. Certamente, la espressione *generaliter legatus* male si adatterebbe all'*optio servi*. Meno ancora si accor-

---

(1) Cfr. anche schol. ἐὰν ληγατευθῇ ad Bas. 42, 3, 25 (Heimb. IV, 267 sg.). L'Eineccio suppone (negli *Additamenta ad* Vinnium ad Inst. 2, 20, 23, n. 6) che si trattasse di una formola di questa natura: '*Titio, aut heredibus eius, eo mortuo, servum, quem optaverint, do lego*'; ma, come ben nota il Voorda, *Interpretationes et emendationes*, I cit., p. 29, gli eredi del legatario, come persone incerte, non potevano essere soggetti di legato nell'antico diritto; d'altra parte, si tratterebbe di più collegatari, non di più coeredi del legatario. Ma l'acuto Voorda non riuscì a giustificare l'imperatore (cfr. op. cit., p. 30).

(2) La Glossa ritiene appunto così, e dà del frammento una spiegazione singolare: " nota hic legatum optionis vel in genere esse condicionale (Inst. 2, 20, 23), sed purum quoad servum - - -; si enim esset omnino purum, semper domino quaereret, si fiat manumissio, postquam cessit dies legati: ut e contra Pamphilo, si antea esset manumissus. sed certe etiam quoad hoc non videtur condicionale: quia, si esset condicionale, vel domino tantum, vel Pamphilo tantum deberetur. - - - sed dicas illud, quando res certa sub condicione legatur: hic vero incerta, ed ideo ambulat electio (!), ut hic dicit ". Il Cuiacio osservava (*Opera*, ed. cit., IV, col. 1518): " et in hanc rem (la trasmissibilità) lex est singularis valde: nec quicquam praeterea est ".

derebbe con l'ipotesi di *legatum optionis* l'inciso *postquam dies legati cesserit* riferito a un tempo anteriore alla scelta: il legato di genere cede bensì dalla morte del testatore, ma il legato di opzione non cede che con l'*optio* stessa; *dies cedens* s'identifica con *dies veniens*. Non resta dunque altra via che quella di ammettere una lieve improprietà di linguaggio, dove si parla di *optio* e di *optare*, benchè si tratti d'un frammento di Salvio Giuliano.

Capitolo IV.

Effetti dell'*optio*.

32. Come appare dalle cose già esposte, effetto dell'*optio* si è che l'oggetto del legato viene per essa determinato e nello stesso tempo acquisito al legatario: tutti gli oggetti non optati restano *ipso iure* svincolati, e l'erede ne può disporre a piacimento. In altri termini, per servirci del linguaggio delle fonti, l'*optio* consuma il legato. Il legatario è fatto per essa *dominus* della cosa; e, se l'erede non la volesse cedere o se un terzo se ne fosse impossessato, al legatario compete la *rei vindicatio*, azione che egli acquista con la scelta stessa. D'ordinario, l'erede che non avesse voluto soddisfare al legato avrà cominciato con il non permettere al legatario di optare, rifiutandosi all'*exhibitio* degli oggetti. E ci è attestato dalle fonti essere stata una delle normali funzioni dell'*actio ad exhibendum* quella di ottenere la possibilità dell'*optio*, e per essa della *vindicatio*.

D. 10, 4, 3, 6 (Ulp. 24 *ad ed.*): « – – si optare velim servum vel quam aliam rem, cuius optio mihi relicta est, ad exhibendum me agere posse constat, ut exhibitis possim vindicare ».

L'*optio* viene ad essere designata pertanto sotto il nome di *vindicatio*, di cui essa è la necessaria preparazione (1).

(1) Cfr. anche D. h. t. 6; 10. Più esattamente D. 10, 2, 18 pr. già più volte citato: " optatus vindicetur „. Non è dunque che l'*optio* non sia atto per sè stante: non la si nomina solo perchè la si sottintende necessariamente. Mi pare che ogni dubbio in proposito sia tolto dal confronto di D. 10,

Questo senso mi pare evidente nel § 10 del citato testo di Ulpiano: « plus dicit Iulianus, etsi *vindicationem* non habeam, interim posse me agere ad exhibendum - - - utputa si mihi servus legatus sit quem Titius optasset ».

Qui *non habere vindicationem* equivale a *non habere optionem*: in senso stretto, la *vindicatio* non compete neppure a colui al quale l'*optio* è stata direttamente lasciata, prima che abbia optato: costui però, quando voglia, può, optando, acquistarla.

Acquistata la *rei vindicatio*, questa può essere trasmessa anche ai successori, qualora il legatario non l'abbia già intentata: com'è di tutte le altre azioni reali.

33. Una questione importante riguarda il punto, se questi molteplici effetti dell'*optio* debbano considerarsi come retroattivi. Dalle fonti appare in modo sicuro il contrario: e non v'ha alcuna ragione logica che l'*optio* esiga la retroattività. Infatti, come nota opportunamente anche il Bernstein, l'*optio* non indica già che cosa è stato lasciato al legatario, ma è piuttosto il mezzo con cui il legatario stesso fa una cosa oggetto del legato e l'acquista. Il diritto alla cosa sgorga dallo stesso atto dell'*optio*, e non v'ha perciò ragione di retrotrarne gli effetti. Il *legatum optionis* contiene poi tacitamente una dilazione: e questo intervallo è pertanto implicitamente voluto dal testatore. L'analogia della *condicio*, che abbiamo veduto invocarsi dai giureconsulti romani (1), non richiede certo la retroattività degli effetti; poichè, com'è noto, l'avverarsi della *condicio* apposta ai legati non ha punto tale efficacia.

D. 36, 2, 14, 3 (Ulp. 24 *ad Sab.*): « - - - si sub condicione fuerit legatum, non transit, sed exspectabit condicionem, eique adquiretur, cuius iuris erit condicionis existentis tempore » (2).

4, 3, 6 cit. con il § 10 dello stesso frammento. Vedi anche BERNSTEIN, loc. cit., p. 183 sg. contro DEMELIUS, *Exhibitionspflicht*, p. 96 sg. Nè certo insegna il contrario lo sch. 11 di Stefano ad Bas. 15, 4, 3 (ZACHARIAE, *Supplem.*, p. 51): ἐπιλέξασθαι ἤ[τοι ἐκδι]κῆσαι.

(1) Vedi anche *infra*, cap. V.

(2) S'aggiunga che le condizioni potestative, di cui nessuno vorrà negare la maggiore analogia con l'*optio*, non manifestano, avverandosi, efficacia retroattiva neppure negli atti tra vivi: cfr. Afric. 8 *quaest.*, D. 20, 4, 9, 1, e Paul. 5 *resp.*, D. 20, 3, 4.

Con questa dottrina, che abbiamo accennato, si spiegano benissimo due testi di D. h. t.

Il primo (D. 33, 5, 11, Iul. 36 *digestor.*) contiene questa fattispecie: Erote, servo, è legato a Seio, e ad Erote un fondo: a Mevio è lasciata l'*optio servi.* Può darsi che Mevio opti per Erote, che diverrà così comune di lui e di Seio; ma il fondo legato a Erote si acquisterà tutto a Seio (1). Infatti, il legato di Erote si trasmette *ipso iure* e subito a Seio; e al tempo dell'adita eredità anche il legato del fondo si acquista tutto per mezzo di Erote a Seio « quoniam aditae hereditatis tempore is solus erit, ad quem posset legatum pertinere ». Mevio, optando poi, acquista la comunione del servo, ma senza efficacia retroattiva. Così dicasi se un comproprietario lega un fondo a un servo comune suo e di Caio e poi lascia a Tizio l'*optio servi*: Tizio può bensì optare per il servo già comune del testatore e di Caio; ma il legato del fondo s'acquista tutto a Caio « quoniam die legati cedente solus est, qui per eum servum possit adquirere ». Tizio non conseguirà che il condominio del servo.

L'altro frammento (D. 33, 5, 15) è di Giavoleno 2 *epistul.* Viene lasciato un legato a un servo *sine libertate*; a Mevio è lasciata l'*optio servorum.* Se Mevio sceglie quel servo, non perciò potrà pretendere il legato; il quale è inutile, perchè lasciato a un servo *sine libertate*: nè l'*optio* ha efficacia retroattiva (2).

---

(1) Va però notato che, quando ad un legatario è lasciato un servo e ad un altro l'*optio servi,* il primo non può acquistare nel frattempo che la metà del dominio del servo legatogli, potendo questo stesso servo essere scelto dall'altro, che ne diverrebbe condomino. Cfr. D. 30, 99 (Iul. 70 *dig.*): " Si domino Stichus legatus esset et servo eius optio data, partem dimidiam Stichi dico ad dominum pertinere: quod possit servus manumissus eundem Stichum optare ". E l'altra metà a chi spetta nel frattempo? Parrebbe che dovesse spettare all'erede; ma gli esempi addotti nel testo dimostrano il contrario. Confesso di trovare su questo punto una grave difficoltà. [Vedi Ferrini, *Legati e fedecommessi,* p. 265].

(2) Il Bernstein (loc. cit., p. 184) pensa che dovessero decidere diversamente i proculiani: poichè egli avvisa, come sopra si è detto, che essi ammettessero che gli oggetti dedotti nel *legatum optionis* restassero nel frattempo *res nullius.* Nelle fonti certo non v'è traccia di tale sentenza: vedi anche quello che sopra [p. 287] si è osservato su questa supposta dottrina proculiana.

34. Siccome però, come già s' è avvertito, il legato di opzione può convertirsi nel semplice *legatum per vindicationem*, così può avvenire che il *legatum optionis* riducendosi a puro legato di proprietà venga a cedere *ab adita hereditate* o anche prima. In questo caso il legato ripeterà naturalmente *ab initio* la sua efficacia. S' immagini che il testatore lasci al servo Stico un legato *sine libertate* e a Tizio l'*optio servi* (D. 33, 5, 13 pr., Paul. 8 *ad Plaut.*). Se la *servorum familia* si riduce al solo Stico « ante aditam hereditatem », è naturale che non si possa più discorrere di *servi optio*: il legato si è semplificato e Tizio acquista *ipso iure* Stico, e con esso il legato a lui lasciato. Nè osta la regola Catoniana, trattandosi almeno di erede volontario, dacchè, com'è risaputo, « Catoniana regula non pertinet - - - ad ea legata, quorum dies non mortis tempore, sed post aditam cedit hereditatem » (D. 34, 7, 3, Pap. 15 *quaest.*). E di questi è il *legatum servo relictum*: almeno se il servo è legato a sua volta [1].

35. Dipendeva così soltanto dal caso se il legatario, trattandosi di una *servi optio*, oltre il servo, potesse acquistare il legato *servo sine libertate relictum*. Il Bernstein è però d'avviso (benchè nulla si trovi in proposito nelle fonti) che alcuni giuristi romani dovessero decidere diversamente [2]. Il motivo di tale suo parere è l'analogia del caso in cui venga ad un servo lasciato un legato e la *statuta libertas*. Per Giuliano (36 *digestor.*), D. 30, 91, 1, il legato è inutile, tranne che la *condicio libertatis* si possa compiere *ante aditam hereditatem* e l' erede non sia necessario: Callistrato invece (2 *quaest.*), D. 35, 1, 82, propende a ritenere la *condicio libertatis* anche *condicio legati* (« quod quidam recte putant ») e a far cedere così il legato al tempo in cui s' avvera la libertà. Perchè, dice il Bernstein, non avrebbero potuto alcuni giuristi analogamente statuire che il *legatum servo relictum* non abbia a cedere che *tempore optionis*? Ma tale analogia non va esagerata. Per regola generale il legato cede *mortis tempore*; in alcuni casi speciali *ab adita hereditate*; se il testatore ha apposto un termine incerto od una *condicio*, naturalmente dall' arrivo del *dies incertus* o dal-

[1] PERNICE, *Labeo*, I, p. 144 n. 16.
[2] Loc. cit., p. 186.

l' evento della *condicio*. Nel caso della *statuta libertas* poteva sembrare consono alla volontà del testatore che la *condicio libertatis* si dovesse tacitamente estendere anche al legato *servo relictum*. Ma nel *legatum optionis* nulla troviamo di simile: il Bernstein stesso ammette non essere il *legatum optionis* un legato condizionale, chè altrimenti si potrebbe dire doversi la *condicio* inerente all' *optio* estendere ai legati lasciati ai servi singoli. S' aggiunge che là, dove il testatore lascia a un servo la *statuta libertas* e a quel servo un legato, la sua volontà di favorire il servo, qualora diventi libero, è abbastanza evidente; qui invece un testatore, che ha cento servi e lascia ad uno un legato e a Tizio l' *optio servi*, non dà a vedere troppo sicuramente la volontà di favorire con quel legato Tizio stesso: nel suo errore giuridico (giacchè in errore non può non essere) si immaginerà di raggiungere tutt' altro fine.

Capitolo V.

Riforme giustinianee.

36. Se noi vogliamo ora riassumere le caratteristiche del *legatum optionis*, le possiamo a un dipresso ridurre alle seguenti:

a) delazione generica o alternativa di un diritto;
b) personalità del diritto di scelta;
c) coincidenza di scelta e acquisto;
d) irretroattività della scelta.

37. Noi abbiamo a lungo discorso del *legatum optionis* e ne abbiamo passato in rivista le caratteristiche, che ci apparvero tutte logiche conseguenze della peculiare natura di questo istituto. Una volta chiarito come il *legatum optionis* costituisca una specie di legato di proprietà, per cui il testatore lascia determinare dal legatario stesso, mediante atto solenne ed eminentemente personale, l' oggetto specifico del legato, tutto il resto che consegue viene ben facilmente spiegato.

Ordinariamente si dà di questo istituto una spiegazione non poco artificiosa, che rimonta almeno fino ai tempi di Giustiniano.

Nelle Istituzioni di Giustiniano (2, 20, 23) si legge così:

« Optionis legatum, id est ubi testator ex servis suis vel aliis rebus optare legatarium iusserat, habebat in se condicionem, et ideo, nisi ipse legatarius vivus optaverat, ad heredem legatum non transmittebat ».

Secondo le Istituzioni adunque il *legatum optionis* era un legato condizionale: la condizione era *si optaverit* (1). Con ciò tenta Giustiniano di spiegare la personalità e la non trasmissibilità del *legatum optionis*. Tale dottrina non si trova però esposta mai nelle fonti anteriori: tuttavia v' ha qualche passo che spiega come essa potesse nascere. A mio avviso, i passi delle fonti sui quali si dovette appoggiare la dottrina esposta nelle Istituzioni furono a un dipresso i seguenti:

D. 40, 9, 3 (Gai. 2 *ad ed. urb. de leg.*): « Si optio hominis data sit vel indistincte homo legatus sit, non potest heres quosdam servos vel omnes manumittendo aut evertere aut minuere ius electionis: nam optione sive electione servi data quodammodo singuli sub condicione legati videntur » (2).

D. 33, 5, 13 pr. (Paul. 8 *ad Plaut.*): « Si optio servi data mihi fuerit et Sticho aliquid testator sine libertate legasset, tunc sequens legatum consistit, cum tota familia ad unum, id est Stichum, recciderit, ut quasi pure legato utiliter sit legatum *rell.* ».

D. eod. 9 pr. (Iul. 32 *digestor.*): « Cum ita legatur: ' Titio Stichum do lego, si Pamphilum non elegerit: eidem Titio Pamphilum, si Stichum non elegerit ', simile est, atque si ita legatum fuisset: ' Titio Stichum aut Pamphilum, utrum eorum volet, do lego ' ».

---

(1) Cfr. anche lo SCHRADER ad Inst. 2, 20, 23, p. 373. Il CUIACIO trova che la condizione è espressa nello stesso invito a optare (per es. *Recit.* ad D. h. t. 1: ed. cit., tom. IV, c. 1512); il MERILLIO ritiene invece che sia tacita (*Observat.*, II, 8). Curiosa è l' osservazione del MARCILIO (ad Inst. 2, 20, 23) che il *legatum optionis* è in doppio modo condizionale: una condizione è positiva (*si optaverit*) ed è espressa nelle parole stesse del legato, l' altra è negativa e tacita (*nisi optaverit*). Vedi nella nota seguente come da tale confusione non andarono forse liberi i Greci.

(2) Assai più chiaramente i Greci (schol. εἰ δούλου ad Bas. 48, 7, 3, Heimb. IV, 714): - - - ὅτε γὰρ ὀπτίων ἢ ἐλεκτίων οἰκετῶν ληγατευθῇ, ἕκαστος τῶν οἰκετῶν ὑπὸ αἵρεσιν δοκεῖ λεληγατεῦσθαι, ἐὰν μὴ (?) αὐτὸν ἐπιλέξηται ὁ ληγατάριος.

Se non che, come ognuno vede, tali passi non bastano certo a provare che la dottrina di una *condicio* implicita nell'*optio* fosse accolta dai giuristi classici. Il passo di Gaio, che abbiamo addotto per il primo, prova piuttosto il contrario: la frase « *quodammodo* singuli sub condicione legati videntur » indica che, se vi era analogia con il legato condizionale, non vi era identità. Poichè, per quanto mi consta, tale è il senso di *quodammodo* nelle fonti: esso accenna a un paragone, non mai ad una vera equazione. Si veda, per es.,

Gai. 2, 157: « - - sui quidem heredes ideo appellantur, quia domestici heredes sunt et vivo quoque parente *quodammodo* domini existimantur » ([1]).

D. 25, 2, 1 (Paul. 7 *ad Sab.*): « - - - quibusdam existimantibus ne quidem furtum eam (*sc.* uxorem) facere, ut Nerva Cassio, quia societas vitae *quodammodo* dominam eam faceret ».

Nel citato testo di Paolo, D. 33, 5, 13 pr., *pure - - - legatum* non si contrappone a *sub condicione legatum*, bensì a *optione legatum*: quasi significando che qui è lasciato puramente e semplicemente un oggetto, senza bisogno che esso venga determinato dall'*optio* del legatario. Non è difficile arrecare esempi di questo senso indeterminato delle voci *purus, pure.* Nelle Istituzioni (4, 6, 33^{c}) si discorre di *pura actio* e *pura intentio* per indicare l'intenzione « si paret N^{um} N^{um} A^{o} A^{o} dare oportere » senz'aggiunta del luogo di soluzione. Nel testo di Giuliano D. 33, 5, 9 si allude ad una condizione implicita in ogni legato alternativo; ma non basta una incertezza implicita in una disposizione a renderla condizionale (cfr. Pap. 18 *quaest.*, D. 35, 1, 99): e, d'altra parte, la condizione non si riferisce al legato nella sua totalità, ma alle singole cose che esso contiene.

([1]) Paul. 2 *ad Sab.*, D. 28, 2, 11 dice: " In suis heredibus evidentius apparet continuationem dominii eo rem perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse, *quasi* olim hi domini essent, qui etiam vivo patre *quodammodo* domini existimantur ". Si osserva che Paolo ribatte poi un'obbiezione di carattere giuridico: " nec obstat, quod licet eos exheredare, quos et occidere licebat ". Parrebbe dunque che Paolo riconoscesse l'esistenza di una vera comunione patrimoniale domestica, e che pertanto qui il *quodammodo* non abbia quel senso di cui si parla nel testo. Ma se non bastasse il *quodammodo,* abbiamo il *quasi* che ci avverte anche troppo che siamo sempre e soltanto in mezzo ai paragoni e alle analogie.

38. La teorica adunque della condizionalità del *legatum optionis*, mentre non è punto necessaria a spiegarne i caratteri e le funzioni, non trova valido appoggio nelle fonti antegiustinianee. Un breve esame basta poi a dimostrarla del tutto inadeguata.

Deve già parer strano che Giustiniano nel passo citato delle Istituzioni (cfr. C. 6, 43, 3 pr.–1) abbia voluto togliere da questo *legatum optionis* la supposta condizionalità: acutamente osserva il Bernstein (1) che « so leicht lässt sich nur das herausnehmen, was hineingelegt worden ist ». Perchè stabilire qui una condizione (*si optaverit*), quando la stessa incertezza era insita in ogni legato alternativo o di genere? E perchè non fu mai considerato come *condicio* il *si voluerit* che è pur implicito in ogni legato? (2). Nè la teoria regge ad ogni prova. Abbiamo già esaminato

D. 33, 5, 8, 1 (Pomp. 6 *ad Sab.*): « Si ex quattuor viriolis duae, quas elegissem, mihi legatae sint, sive duae solae relictae sint sive ab initio duae solae fuerint, valet legatum » (3).

Se le quattro *viriolae*, fra cui il legatario doveva eleggerne due, si fossero ridotte a due sole prima dell' adizione dell' eredità, è evidente che la *condicio si optaverit* avrebbe dovuto considerarsi come deficiente, e per conseguenza come nullo il legato. Alcuni interpreti, non sospettando punto della fallacia della dottrina giustinianea, hanno fatto ogni sforzo per spiegare questa contraddizione fra la decisione pomponiana e la dottrina stessa. Il Gotofredo (4) e altri dicono trattarsi nella fattispecie non di una *condicio*, ma di una *demonstratio* concepita a un dipresso così: *quas elegerit*, aggiungendo

---

(1) Loc. cit., p. 153.

(2) *Si volet* o *si voluerit* formavano condizione soltanto se espressamente queste parole venivano apposte ai legati: Gai. 1 *de legat. ad ed. praet.*, D. 30, 65, 1; 13 *ad leg. Iul. et Pap.*, D. 35, 1, 69.

(3) I vecchi commentatori riferivano questa decisione al legato di " elezione ", che non era condizionale. Vedi sopra quanto si disse su questa supposta distinzione di *optio* ed *electio relicta* [*supra*, p. 283 sgg.], come pure quanto si osservò su questo passo, dove tutto il contesto prova che si ragiona di un vero *legatum optionis* [*supra*, p. 292].

(4) Cfr. De-Gioannis nel luogo più sotto citato [p. 328 n. 2].

che (com' è risaputo) *falsa demonstratio legatum non peremit.* È stato ben risposto che tutto il contesto s' oppone a siffatta interpretazione; che del resto nulla importa la forma, là dove il contenuto si deva considerare come *condicio* (vedi Ulp. 5 *disp.*, D. 30, 75, 2; Paul. 10 *quaest.*, D. 34, 3, 25; etc.). Ora, qui la scelta non è qualche cosa di estrinseco, che possa aggiungersi come *demonstratio*: è lo stesso invito ad eleggere, che, mentre forma l' essenza del legato di opzione, esprime (secondo la teoria giustinianea) anche la sua condizionalità. Altri, come il Pothier [1], ha osservato che qui la *condicio* è risolta *per aequipollens* e che pertanto nulla osta alla validità del legato. Ma tale equipollenza niuno la saprebbe trovare: chi vorrà dire che il furto di due braccialetti, perpetrato da un estraneo, equivalga giuridicamente alla scelta che avrebbe fatto degli altri due il legatario? E le due *viriolae*, che il ladro ha rubato, non saranno state assai verosimilmente le più preziose, quelle che avrebbe scelte lo stesso legatario? È poi nuova perlomeno questa dottrina della risoluzione delle *condiciones* per *aequipollens*: le fonti insegnano che la risoluzione deve avvenire nella sua forma specifica (vedi Paul. 9 *ad Plaut.*, D. 35, 1, 44, e Iavol. 13 *epistul.*, D. eod. 55). Altri finalmente, tra cui il De-Gioannis [2], dicono che questa decisione è dettata *utilitatis causa*. Tenendo inesorabilmente salda la teorica della *condicio*, Pomponio avrebbe messo il legatario *optionis* in peggior con-

---

[1] Ad D. h. t. 4, n. 1.

[2] *Archivio giuridico*, 14, 1875, p. 347. Nello stesso luogo il compianto professore cerca di giustificare anche in questo caso la dottrina giustinianea. Nella fattispecie, in cui il legatario deve eleggere due braccialetti fra i quattro, *k*, *z*, *x*, *y*, si può ammettere che:

sono	legati	*x* e *y*	se	A	non	sceglie	*k* e *z*
„	„	*x* e *k*	„	„	„	„	*y* e *z*
„	„	*x* e *z*	„	„	„	„	*k* e *y*, etc.

Ma osservo: *a)* la *condicio* che Giustiniano suppone inerente al *legatum optionis* è positiva (*si optaverit*): “ habebat in se condicionem, et ideo, nisi ipse legatarius vivus optaverat, ad heredem legatum non transmittebat „ (Inst. 2, 20, 23). Se adunque la deficienza della condizione è “ nisi — optaverat „, la condizione dev' essere “ si optaverit „. Ora, dall' essersi ridotte a due sole le viriole segue che la scelta non è possibile e la condizione è mancata; *b)* non si può il legato, che è uno, scindere in una serie di legati parziali.

dizione del semplice legatario di genere; si sarebbe verificato l'adagio *summum ius summa iniuria.* Il vero si è, io credo, che Pomponio non ha mai pensato che il *legatum optionis* fosse condizionale.

Lo stesso dicasi del già citato

D. 33, 5, 13 pr. (Paul. 8 *ad Plaut.*): « Si optio servi data mihi fuerit et Sticho aliquid testator sine libertate legasset, tunc sequens legatum consistit, cum tota familia ad unum, id est Stichum, recciderit, ut quasi pure legato utiliter sit legatum *rell.* ».

Gl' interpreti sogliono dire che qui il *legatum optionis* come tale si estingue e *vi ipsa* vi si sostituisce il legato semplice. Sarebbe questo un effetto ben insolito della deficienza della *condicio*, tale che, io credo, nessuno vorrà trovare logico e conseguente. Nessuna difficoltà ha invece per noi questo frammento. Al legatario è lasciata la facoltà di prendersi uno dei servi ereditari, a sua scelta: se *ab initio* la *familia* si riduce ad uno, quello solo può formare obbietto del legato, non si può più discorrere di « scelta »; il legato, che è un legato di proprietà, si semplifica e si acquista *ipso iure* e si trasmette (¹).

39. Giustiniano, come è noto, adopera specialmente la teorica della *condicio* per spiegare la personalità del *legatum optionis* e la sua « non trasmissibilità »: spiegazione punto necessaria, poichè tali caratteri presenta, per es., anche il legato di usufrutto, che niuno ha pensato di credere « condizionale ». È l' invito personale, che il testatore fa al legatario di scegliere, ciò che costituisce la personalità di questo legato (²). L' imperatore aggiunge: « sed ex constitutione nostra

---

(¹) Non esattamente il BERNSTEIN, loc. cit., p. 154: " Warum sollte man dem Legatar die Möglichkeit abschneiden, sich für das letzte übrig gebliebene Object zu entscheiden? ". Semplificato il legato, non v'è più ragione di decidersi: esso si acquista *ipso iure*, come anche il nostro frammento insegna. Tutt' al più si potrebbe discorrere di decidersi secondo la dottrina proculiana, che non è certo nè la più antica nè la dominante nelle fonti.

(²) Il BERNSTEIN (loc. cit., p. 160) ricorda opportunamente che anche il diritto di scelta espressamente conferito al creditore nell' obbligazione alternativa era concepito una volta come eminentemente personale [*supra*, p. 318].

et hoc in meliorem statum reformatum est et data est licentia et heredi legatarii optare, licet vivus legatarius hoc non fecit » (Inst. 2, 20, 23).

Giustiniano non ha voluto stabilire una specie di legato condizionale e trasmissibile ad un tempo; ha piuttosto tolto dal *legatum optionis* la supposta condizione: si confronti « *habebat* in se condicionem » e la Parafrasi greca, che a questo punto ricorda τὸν κανόνα τὸν λέγοντα ‘ αἱρετικὸν ληγάτον πρὸ τῆς ἐκβάσεως τῆς αἱρέσεως τελευτήσαντος τοῦ ληγαταρίου, ἐπὶ κληρονόμον οὐ μετέρχεται ’ (ed. F., p. 220), senza accennare che la costituzione giustinianea vi abbia introdotto un'eccezione (1). Ciò che Giustiniano vuole è togliere dunque a questo legato quanto ai suoi occhi ne costituiva la vera caratteristica, ossia l'immanenza della *condicio*: con ciò egli ha in mente di parificare il *legatum optionis* all'ordinario legato alternativo o generico (2).

Ha egli davvero compiuto questa parificazione?

Anzitutto va notato che Giustiniano ha sancito quanto in pratica s'era già introdotto, piuttosto che innovato il diritto vigente (3). Dopo che andarono in disuso le antiche formole di legato (cfr. Costantino in C. 6, 23, 15 e C. 6, 37, 21, a. 339), anche la distinzione fra legato di proprietà e legato di obbligazione venne a cadere, e con essa anche l'antico *legatum optionis* o *electionis* venne a perdere il suo fondamento.

Nei Digesti troviamo ancora parecchi frammenti relativi all'antico *legatum optionis*, che ne designano alcune particolarità. Come si conciliano essi con la riforma giustinianea? Per es., D. 33, 5, 11 e 15, relativi al *legatum servo relictum* e all'*optio servi alii data*, non si possono certo spiegare con le regole del semplice legato di genere: la regola contenuta in

---

(1) Fu anche argutamente osservato che la creazione di un legato condizionale e trasmissibile sarebbe stata troppo ardita impresa, perchè Giustiniano non l'annunciasse con grande strepito, congratulandosi con i suoi sudditi, che vivevano in tempi di così avventurate innovazioni.

(2) Ciò prova anche un rapido sguardo al tit. 33, 5, *de optione vel electione legata*: nel quale il fr. 12 si riferisce al semplice legato di genere [*supra*, p. 286 n. 1], il fr. 22 a un fedecommesso generico, etc.

(3) Cfr. ciò che fece Giustiniano anche per i legati e le altre disposizioni di ultima volontà soggettivamente alternative. Vedi BERNSTEIN, *Die subjectiv-alternativen Rechtsgeschäfte von Todeswegen*, in *Ztschr. d. Sav.-St.*, 4, 1883, p. 181 e passim.

D. 30, 10 [1] si riferisce al carattere personale dell' antico *legatum optionis*, e con tale frammento non si collega bene la norma esposta in D. 33, 5, 10, che, trovandosi « in sede materiae », mostra evidentemente che nel diritto giustinianeo fu accolto il principio del *legatum generis*. Che nelle fonti vi sia confusione [2] a questo proposito, niuno vorrà negare. In caso di antinomie, si deve preferire la regola del legato di genere; negli altri casi, in cui si trovano riferite specialità dell' antico *legatum optionis*, si dovrà diligentemente esaminare se Giustiniano le ha voluto estendere ad ogni legato generico. Ove *nulla idonea ratio* persuada ad ammettere questo, o anzi lo spirito dell' istituto vi si opponga, dovremo ritenere che tali passi non hanno per il diritto giustinianeo altro valore che quello di reminiscenze storiche.

Poco per lo scopo della presente indagine interessano le altre riforme giustinianee, contenute in C. 6, 43, 3, poichè si riferiscono al legato generico ordinario, nel quale il *legatum optionis* è stato assorbito.

Se mai ci fosse riuscito di arrecare qualche luce su di un istituto per tanti rispetti così interessante, e tuttavia generalmente poco studiato, saremmo ben soddisfatti della nostra fatica.

---

[1] Se anche la *servi optio* in D. 50, 17, 77 sia stata mantenuta con piena avvertenza, ci è lecito dubitare.

[2] Di cui offre ben chiaro esempio lo stesso Giustiniano in C. 6, 43, 3 pr.

Sul " dies incertus „ nei legati (*).

1. Generalmente s' insegna che il termine (*dies*) si chiami *incertus* nelle fonti del diritto romano sia che l' incertezza concerna il *quando*, sia che essa concerna invece l'*an*. *Incertus* sarebbe, secondo tale insegnamento, il *dies incertus an* (*certus quando*), il *dies incertus quando* (*certus an*) e il *dies incertus an et quando*.

Contro questa tradizionale e comune opinione si sono recentemente pronunciati alcuni scrittori, soprattutto francesi, e le loro argomentazioni a me non parvero del tutto inadeguate: e anzi in altra occasione (1) ho già fatto intendere la mia pro-

(*) [Pubblicato dapprima in *Antol. giurid.*, 8, 1894, pp. 179-195; poscia in *Rend. Istit. Lomb.*, ser. II, 27, 1894, pp. 782-99, con la seguente avvertenza: " La nota seguente riproduce in buona parte un' altra già inserita nell'*Antologia giuridica*, VIII, p. 179 sgg. Dopo la sua pubblicazione furono stampate le due critiche al libro del Brunetti di Riccobono e Segrè, di cui vedi sotto. In esse non si trova menzione della nota citata, che comparve quando i rispettivi manoscritti erano già consegnati in tipografia. Ma ora appunto stimo conveniente di farla ristampare con le mutazioni e le aggiunte relative a quei nuovi studi, ai quali potrà così servire di risposta „; e ancora in GLUECK, *Comment. alle Pandette,* lib. XXX-XXXII, parte I, traduz. it. C. FERRINI (Milano, 1898), contronota *o*, pp. 791-802, con la seguente premessa: " Su questo argomento (il *dies incertus* nei legati) si è molto discusso in questi ultimi tempi e va segnalato in proposito un libro del Brunetti, che ha dato origine ad altri studi. Io ho pubblicato — nell' *Antologia giuridica,* VIII, 179 sg., e nei *Rendiconti dell' Istit. Lombardo*, XXVII, 1894, 782 sg. — un lavoro critico sull' argomento, che, essendo racchiuso in collezioni poco accessibili a parecchi lettori, credo opportuno (data la non lieve importanza del tema) riprodurre in queste note „].

(1) [Vedi *Teoria gener. dei legati e fedecomm.* (Milano, 1889), p. 326 sg.].

pensione per i nuovi risultati. La tesi fu nello scorso anno ripresa da un giurista italiano dotto e ingegnoso, il Brunetti, il quale sostiene vigorosamente contro i recenti assalti la dottrina antica, pur tentandone una nuova spiegazione (1). La lettura del suo studio non mi ha convinto circa la bontà delle opinioni in esso molto strenuamente propugnate; ma mi ha persuaso che la nuova dottrina deve essere, nel suo insieme, più rigorosamente dimostrata e in alcuni particolari riveduta e modificata. Ciò appunto tento di fare in questo breve lavoro, che si riferisce al *dies incertus* in materia di legati, dove il conflitto fra l'antico e il nuovo insegnamento è più vivo e manifesto.

Dopo lo studio del Brunetti si occuparono dell' argomento il Riccobono (2) e il Segrè (3). Entrambi i valorosi scrittori combattono la spiegazione tentata dal Brunetti, ma ne accettano la tesi favorevole alla dottrina tradizionale.

2. Le qualifiche *certus* e *incertus* sono molto usate nel diritto sacro (4) e nel diritto civile romano. Il loro significato è duplice, in quanto che talora si riferiscono alla certezza o incertezza subbiettiva, talora invece all' obbiettiva (5).

Alla certezza subbiettiva si riferiscono le teorie della *certa persona* nelle disposizioni testamentarie (6), della *intentio certa*, della *certa pars* nella *vindicatio*, nella *possessio* etc.

Infatti, « incerta videtur persona, quam *per incertam opinionem* (incertezza subbiettiva) animo suo testator subicit » (Gai. 2, 238). Si noti come il giurista illustra questo punto. I primi due esempi ch'egli porge sono i seguenti: « qui primus

---

(1) G. Brunetti, *Il " dies incertus " nelle disposizioni testamentarie*, Firenze, 1893.

(2) *Circolo giurid.*, 25, 1894, parte I, pp. 144-148.

(3) *Gli effetti del " dies incertus quando " nelle disposiz. di ultima volontà*, in *Rivista it. per le sc. giurid.*, 18, 1894, pp. 316-345.

(4) *Dii certi* e *Dii incerti*. Cfr. per il diritto augurale il *quintum genus agrorum*, ossia l'*ager incertus* (Varr., *de l. l.*, 5, 4). Nel diritto sacro si allude generalmente alla certezza o incertezza subbiettiva.

(5) Donde le confusioni nella Parafrasi greca delle Istituzioni, 3, 15 pr. e 3, 27, 7.

(6) Qui va ricondotta pure la *traditio in incertam personam*, la *lis* o *res incerta* nella dottrina della transazione (D. 2, 15, 1).

ad funus meum venerit » (o « quicumque ad funus meum venerit ») e « quicumque filio meo in matrimonium filiam suam conlocaverit ». Qui l'incertezza subbiettiva si sposa all'obbiettiva; giacchè può anche succedere che niuno voglia intervenire ai funerali del testatore e che il figlio di lui non prenda moglie: non solo il testatore non sa chi tali persone sieno per essere, ma è anche oggettivamente dubbio se tali persone ci saranno. Continua Gaio: « illud quoque, quod ita relinquitur: '*qui post testamentum ⟨scriptum primi⟩ consules designati erunt*', aeque incertis personis legari videtur ». E qui veramente trattasi di mera incertezza subbiettiva: ed è notevole come Gaio passi dall'uno all'altro esempio, quasi dal meno al più.

Intentio certa (e quindi *actio certa*) è quella in cui la domanda dell'attore si concreta in una somma o cosa determinata: *incerta* quella in cui l'attore domanda, senza determinare, tutto ciò che, secondo le risultanze del processo, il convenuto gli dovrà dare. Qui dunque è tutta questione di elemento soggettivo (1). Alla dottrina dell'*intentio incerta* si congiunge quella della *vindicatio incertae partis*, destinata a prevenire l'inconveniente di una *plus petitio* scaturente da ignoranza dell'attore (2).

Rispetto al significato di *certa pars* nella dottrina del possesso, si veda

D. 41, 2, 26 (Pomp. 26 *ad Qu. Muc.*): « - - - incerta autem pars nec tradi nec ⟨usu⟩capi potest, veluti si ita tibi tradam: 'quidquid mei iuris in eo fundo est': nam qui ignorat nec tradere nec accipere id, quod incertum est, potest ».

3. Alla certezza obbiettiva si riferiscono invece altre dottrine: tipica quella del *certum pretium* nella compravendita. Qui non è affatto necessario che le parti conoscano al momento del contratto l'ammontare del prezzo; ciò che importa si è che siano dati gli elementi per la sua obbiettiva determinazione. Il prezzo deve essere certo (3); ma è valida la com-

---

(1) Non si tien calcolo della possibile assoluzione del convenuto: poichè la distinzione si rapporta all'*intentio* per se stessa considerata, e presupposta la sua fondatezza.

(2) D. 6, 1, 76, 1: " - - iustam enim habet ignorantiam legatarius ".

(3) Gai. 3, 140. Inst. 3, 23, 1.

pravendita « quanti tu eum emisti » o « quantum pretii in arca habeo » : « nec enim incertum est pretium tam evidenti venditione » (D. 18, 1, 7, 1). Così è valida una vendita « est mihi fundus emptus centum et quanto pluris eum vendidero » ; giacchè la determinazione obbiettiva vi è, e non può dubitarsi che questa manchi (ancorchè non vi sia vendita posteriore), dal momento che il minimo di cento è sempre assicurato : « habet enim certum pretium centum, augebitur autem pretium, si pluris emptor fundum vendiderit » (D. 18, 1, 7, 2 ; si cfr. Vat. fr. 9 : « nec incerti pretii venditio videbitur, si convenerit, ut pecunia foenoris non soluta creditor iure empti dominium retineat, cum sortis et usurarum quantitas ad diem solvendae pecuniae praestitutam certa sit »). Invece, come è notissimo, « si inter nos convenerit, ut quanti Titius rem aestimaverit tanti sit empta, *Labeo negavit ullam vim hoc negotium habere,* cuius opinionem Cassius probat: Ofilius et eam emptionem et venditionem putavit, cuius opinionem Proculus secutus est » (Gai. 3, 140). La ragione del dubbio e della controversia stava evidentemente in ciò, che Labeone e Cassio non trovavano sufficiente la determinazione obbiettiva, giacchè Tizio potrebbe o non volere o essere impedito di far la stima. E infatti Giustiniano, che accoglie invece la sentenza di Ofilio e di Proculo, è subito costretto a provvedere alla ipotesi in cui « ille qui nominatus est vel noluerit vel non potuerit pretium definire » (C. 4, 38, 15, 2 ; cfr. Inst. 3, 23, 1).

Analoga è la dottrina della *certa merces* nella locazione : l'applicazione più notevole di essa si ha nella *colonia partiaria* (1), dove la *merces* si commisura di volta in volta all'entità del prodotto totale. Qui potrebbe parere a taluno (e in realtà è parso al Waaser (2)) che manchi anche una sufficiente determinazione obbiettiva, dal momento che non può negarsi l'eventualità di una totale mancanza di prodotto : bisogna però avvertire che in tal caso il colono non è tenuto a dar nulla e nulla ricava ; sicchè sostanzialmente siamo nella ipotesi di

---

(1) Che è vera locazione, come confido di avere dimostrato in *Rend. Ist. Lomb.*, ser. II, vol. 26, 1893, pp. 187-200, e in *Archiv f. civilist. Praxis*, 81, 1893, pp. 1-20 [= *Scritti,* III, pp. 1-16].

(2) M. Waaser, *Die colonia partiaria d. röm. Rechts* (Berlin, 1885).

una locazione con patto di remissione di mercede negli anni di nessun frutto, locazione che certamente sarebbe lecita.

In parte almeno, deve riferirsi qui la teoria della *stipulatio certa*. Pare che per questa si procedesse dal concetto della certezza subbiettiva; si veda, ad es., D. 45, 1, 74: « Stipulationum quaedam certae sunt, quaedam incertae: *certum est quod ex ipsa pronuntiatione apparet*, quid quale quantumque sit ». E forse a notizie di tal natura si riferiscono gli erronei apprezzamenti dell' Indice greco delle Istituzioni. Ma presto si pervenne a ritenere *certa* una stipulazione almeno quando era fin dal suo sorgere determinato *in rerum natura* il contenuto della prestazione; per es. « triticum quod in horreo est dare spondes? » (D. 45, 1, 75, 5). Se nella stipulazione non poteva ritenersi come *certum* l' oggetto che solo in avvenire sarebbe determinato in base agli elementi dati, ciò dipendeva da ragioni processuali. Un *certum* non è ancora « quod ex Arethusa ancilla natum erit » o « fructus qui in fundo Tusculano nati erunt » (D. eod. 75, 4), oltre che per tale ragione, anche perchè potrebbe darsi che Aretusa non partorisse o non partorisse un figlio vivo o che mancasse affatto il raccolto del fondo Tusculano: perchè insomma non è sicura la determinazione obbiettiva. La stipulazione « quod mihi Seius debet dare spondes? » si ritiene incerta ancorchè Seio debba un *certum* (D. eod. 75, 6): il giurista tuttavia stenta a trovare una differenza fra questo caso e quello della stipulazione del *triticum quod in horreo est*. Una ragione di distinguere v' era però nella possibilità di contestazioni sull' esistenza o sull' estensione del credito (1).

4. Dalle precedenti considerazioni risulta che i giuristi romani usano le locuzioni *certus* e *incertus* ora riferendole alla certezza soggettiva ed ora all' oggettiva; ma le singole frasi tecniche che ne derivano hanno uno dei due significati.

Persona certa indica solo quella persona sulla cui identità vi ha certezza subbiettiva; *pretium certum* quel prezzo che, se anche subbiettivamente incerto, pende da bastanti elementi di determinazione oggettiva.

---

(1) ACCARIAS, *Précis*, II[4], p. 66.

Domandiamo ora se le espressioni certamente tecniche *dies certus* e *dies incertus* si debbano ascrivere all' una o all' altra categoria.

Il *dies* può infatti essere incerto in duplice modo. Un *dies* può essere determinato necessariamente (e quindi il suo arrivo essere sicuro per un' epoca obbiettivamente stabilita), ma essendo ignoto a noi. Per es., il giorno in cui taluno morrà, il primo giorno che pioverà, etc. Può invece mancare la determinazione obbiettiva, per es., il giorno in cui Tizio si sposerà. Anzi potrebbe darsi il caso di un *dies* di cui sia incerto l' arrivo, ma certa l' epoca se l' arrivo si avrà: per es., quando Tizio compirà il cinquantesimo anno. In questi due ultimi casi abbiamo dunque incertezza obbiettiva.

Da tutto questo discorso appare la poca probabilità dell' opinione comune che attribuisce alla locuzione *dies certus* e *dies incertus* così diversi significati.

5. Un esame attento delle fonti persuade infatti che tali locuzioni hanno un significato unico e ben definito: esse si riferiscono alla certezza e all' incertezza oggettiva. *Dies incertus* vien dunque a significare il *dies* di cui non è oggettivamente sicuro l' arrivo, viene in altri termini a significare la condizione che rivesta le apparenze di un termine. *Dies certus* è il *dies* il cui arrivo è obbiettivamente certo e determinato, anche se le parti ignorino l' epoca.

Anzitutto sarà opportuno passare brevemente in rassegna l' uso di Gaio nelle Istituzioni. In queste il *dies certus* si contrappone più volte alla *condicio*; del *dies incertus*, come specie di quest' ultima, non si fa parola. Per es. 1, 186: « sub condicione aut ex die certo »; 2, 250: « vel sub condicione vel pure - - vel ex die certa ». Se ci fosse stato un *dies incertus an certus quando*, secondo la comune opinione, in quest' ultimo passo non se ne sarebbe in verun caso potuto tacere. Nè va disgiunto il passo di Ulpiano 24, 31: « legatorum quae pure vel in diem certum relicta sunt - - - eorum vero quae sub condicione relicta sunt *rell.* », come vedremo più avanti. Notevole è pure Gai. 3, 124: « itaque et ea pecunia, quam in diem certum dari stipulamur, eodem numero est, *quia certum est eam debitum iri* ». Ne segue che *dies certus* è quello che sicuramente verrà, senza però che si aggiunga che verrà in una

epoca conosciuta; e che, per contrapposto, il *dies incertus* è quello la cui venuta è dubbia.

Così pure D. 35, 1, 1, 1 (Pomp. 3 *ad Qu. Muc.*) dice: « Cum *dies certus* adscriptus est, quamvis dies nondum venerit, solvi tamen possunt (*sc.* legata), *quia certum est ea debitu iri* ». E non si oppone D. 36, 2, 13 (pure di Pomp., 6 *ad Sab.*), dove, parlandosi del legato da prestarsi *cum heres morietur*, si dice *certum est debitum iri*, benchè, come vedremo, intendendosi qui che abbia a sopravvivere il legatario, si abbia una vera condizione e cioè un *dies incertus*. Pomponio in quel frammento vuol dire semplicemente che un *dies* per se stesso *certus* negli atti di ultima volontà può essere assunto come *incertus*, in quanto che si considera non l' arrivo del giorno assolutamente, ma in relazione ad un altro avvenimento.

6. E consuona l' esemplificazione del *dies incertus* offertaci in D. 36, 2, 21 pr.: « cum pubes erit, cum in familiam nupserit, cum magistratum inierit, cum aliquid demum, quod scribenti comprehendere sit commodum, fecerit ». Come si vede, non si tratta che di eventi dubbii: dubbii, s' intende, per l'esistenza loro, non sempre per l' epoca (*cum pubes erit*). E così vediamo che Giavoleno tratta come *incertus dies fideicommissi* la clausola *cum ad annos sedecim pervenisset* [1]. Parimenti D. 30, 30, 4 c' insegna che « dies incertus appellatur condicio », vale a dire che la condizione si chiama *dies incertus* [2], e immediatamente (§ 5) aggiunge: « Cui congruit - - - si cui legetur quando annorum viginti erit *rell.* »: il che non è che una particolare applicazione di quel principio.

Il vero significato di *dies incertus* appare evidente da D. 12, 6, 16-18, testi che sono già stati più volte riferiti nella presente questione e che noi non possiamo negligere.

D. 12, 6, 16 (Pomp. 15 *ad Sab.*): « Sub condicione debitum per errorem solutum pendente quidem condicione repetitur,

---

[1] D. 36, 1, 48 (46): " - - - si prorogando tempus solutionis tutelam magis heredi fiduciario permisisse, quam *incertum diem fideicommissi* constituisse videatur „. Concorda ora nella retta intelligenza di questo passo il SEGRÈ, loc. cit., p. 343 sg.

[2] Che questo sia predicato, appare chiarissimo dal contesto.

condicione autem exsistente repeti non potest. *quod autem sub incerta die debetur*, die exsistente non repetitur ».

D. eod. 17 (Ulp. 2 *ad ed.*): « Nam, si *cum moriar* dare promisero et antea solvam, repetere me non posse Celsus ait: quae sententia vera est ».

D. eod. 18 (Ulp. 47 *ad Sab.*): « Quod si ea condicione debetur, quae omnimodo exstatura est, solutum repeti non potest, licet sub alia condicione, quae an impleatur incertum est, si ante solvatur, repeti possit ».

Il Mommsen vorrebbe porre il fr. 17 dopo il fr. 18; ma parmi a torto. Il fr. 17 illustra proprio *a contrario* quanto si dice nel fr. 16. In questo s' insegna che il pagamento fatto nella pendenza di una *condicio* o di un *dies incertus* si può ripetere, a differenza del pagamento fatto prima dell' arrivo del *dies certus*. Il fr. 17 dà appunto un caso di *dies certus*, e all' uopo sceglie il *dies mortis* del debitore: dell' arrivo di questo non si può dubitare. Da tal passo mi pare che il vero senso di *dies certus* sia egregiamente confermato.

S' intende dopo tutto ciò perchè nelle fonti il legato lasciato *cum heres morietur* si consideri lasciato sotto un *dies incertus*; infatti (per le ragioni che vedremo più avanti) qui si interpreta la disposizione nel senso che il legatario sopravviva all' erede: e questo evento è dubbio. Si vedano:

D. 31, 12, 1 (Paul. 2 *ad Vitell.*): « Quod ita legatum est: ' heres, cum morietur, Lucio Titio dato decem ', cum *incerta die* legatum est, ad heredes legatarii non pertinet, si vivo herede decesserit ».

D. eod. 77, 10 (Pap. 8 *respons.*): « A filia pater petierat, ut cui vellet ex liberis suis praedia, cum moreretur, restitueret: uni ex liberis praedia fideicommissi viva donavit. non esse electionem *propter incertum diem fideicommissi* certae donationis videbatur ».

Notevole è D. 35, 1, 1, 2 (Pomp. 3 *ad Qu. Muc.*). Nel § 1 [1] si pone il concetto chiarissimo del *dies certus*, che si ha quando *certum est debitum iri*. Nel § 2 si aggiunge:

---

[1] [Vedi *supra*, p. 339].

« Dies autem incertus est, cum ita scribitur: '*heres meus cum morietur decem dato*' [nam diem incertum mors habet eius]. et ideo, si legatarius ante decesserit, ad heredem eius legatum non transit, quia non cessit dies vivo eo, *quamvis certum fuerit moriturum heredem* ».

Le parole *nam diem incertum mors habet eius* sono, come il contesto e la forma rivelano, un glossema. Il contesto, poichè quale giurista oserebbe scrivere: « è *dies incertus* la disposizione..... perchè essa si riferisce a un *dies incertus* »? La forma, perchè quale giurista direbbe: *mors eius habet diem incertum*? Prescindendo da queste parole, il giurista viene a dire che il legato riferito alla *mors heredis* è un legato sotto un *dies incertus*, poichè, sebbene in sè l'avvenimento sia certo (*quamvis certum fuerit moriturum heredem*), pure è incerto il suo rapporto cronologico con un altro fatto, la vita del legatario.

Nè si potrebbe avere una conferma più preziosa di quella che offre D. 35, 1, 79, 1. Nel principio del frammento si insegna che un legato lasciato *cum morietur legatarius* è un legato puro; trattasi infatti di un avvenimento sicuro, se anche di epoca dubbia: insomma di un *dies certus*. Nel § 1 si continua a insegnare che invece il legato lasciato *cum heres morietur* « sub condicione relictum est: *quamvis enim heredem moriturum certum est*, tamen *incertum est* an legatario vivo: dies legati non cedit *rell.* ». Anche qui dunque un'incertezza *an*!

7. Con queste ultime decisioni delle fonti la comune opinione mette in relazione il notissimo D. 35, 1, 75 (Pap. 34 *quaest.*): « Dies incertus condicionem in testamento facit ». La regola dovrebbe significare che un termine d'incerta data (ma di sicuro evento) nelle disposizioni testamentarie si assume come condizionale, in quanto che si sottintende che l'evento debba avverarsi durante la vita del legatario. *Dies incertus* significherebbe qui il *dies certus an incertus quando*.

Appena è d'uopo spendere parole per condannare siffatta esegesi, la quale sembra tuttavia plausibile al Riccobono [1]. Come si spiegherebbero, data l'esistenza della pretesa regola,

[1] Loc. cit., p. 144 sg.

passi come quello di Ulp. 24, 31: « Legatorum, *quae pure vel in diem certum relicta sunt,* dies cedit antiquo quidem iure ex mortis testatoris tempore - - - *eorum vero, quae sub condicione relicta sunt, cum condicio extiterit* » ? Tali passi non si conciliano altrimenti con il fr. 75 se non ammettendo che il *dies incertus* non sia che una specie o forma della *condicio. Dies incertus* nei testi sicuri è quello di cui è dubbio l'evento, e in testi precedentemente riferiti (1) non s'insegna già che una data dubbia nei testamenti assuma efficacia condizionale, ma che un *dies* in sè e per sè *certus* nel testamento possa diventare *incertus* in quanto si complichi con altro rapporto di fatto. E anche questo non s'insegna che in correlazione a casi particolari: non si enuncia affatto una massima generale. E ciò ben s'intende: noi vedremo che tale massima sarebbe erronea.

La regola di Papiniano ha una ben più semplice portata. Essa significa semplicemente che in un testamento la condizione estrinseca l'efficacia sua ancorchè mascherata sotto la parvenza o forma di un termine. E così si eliminano le obbiezioni accolte anche dal Riccobono (2). Il Segrè, benchè s'accordi nella tesi con il Brunetti, su questo punto ragiona meglio e riconosce la possibilità della interpretazione nostra (3). Il *dies incertus* (nel senso da noi chiarito) vale condizione pur nel testamento. Non si tratta dunque di una norma speciale per i testamenti, ma di una norma generale, di cui si accentua l'applicabilità ai testamenti, e per una buona ragione. Le conseguenze più gravi delle condizioni nei testamenti (accenno soprattutto alla intrasmissibilità) potevano indurre facilmente a non ritenere condizionale una disposizione che di condizione non rivestisse la forma. Quel passo di Papiniano si illustra egregiamente con un altro dello stesso autore e della stessa opera, che presenta una singolare analogia di espressione:

D. 35, 1, 99 (Pap. 18 *quaest.*): « Condiciones extrinsecus, non ex testamento venientes, id est quae tacite inesse videantur, *non faciunt legata condicionalia* » (4).

---

(1) Nel num. 7.
(2) Loc. cit., p. 144 sg.
(3) Loc. cit., p. 318 sg.
(4) S'intende, nei riguardi della trasmissibilità.

Le condizioni che non dipendono da clausola esplicita del testamento, ma sono implicite nel contenuto del legato, non hanno efficacia di sospendere il *dies cedens* e la trasmissibilità. Pomponio (D. 35, 1, 1 pr.-2) tratta invece queste condizioni, le quali *vi ipsa insunt*, alla stregua delle esplicite. Altrove ho illustrato lo svolgimento di questo punto di diritto [1], nè mi rimuove quanto scrisse il Borgna in un suo pregevole libro [2], che cioè qui Pomponio non dica che è sospeso il *dies cedens*, ma solo il *dies veniens*. Pomponio dice che s' acquistano subito i legati « cui non è ascritto un *dies incertus* od una *condicio* », *nisi vi ipsa condicio insit*. Che queste ultime parole alludano alla sospensione del *dies cedens* non parmi dubbio; altrimenti avrebbe dovuto anzitutto nominarsi il *dies certus* [3].

Comunque del resto si pensi in proposito, noi troviamo qui una condizione che non è considerata e trattata come tale, perchè non espressa in apposita clausola testamentaria. Se il testatore dice: « si quid ex Arethusa natum fuerit, id Lucio Titio do lego », il legato si ha come condizionale; non invece se egli dice: « quod ex Arethusa natum erit Lucio Titio do lego ». Data pertanto questa tendenza della scuola papinianea a sottrarre parecchie disposizioni al trattamento condizionale, era più che legittimo il quesito se dovesse sottoporsi a siffatto trattamento una condizione mascherata in forma di termine [4].

Una questione notevole a questo proposito troviamo in

D. 40, 4, 16 (Iulian. 36 *digestor.*): « Si ita scriptum fuerit: 'cum Titius annorum triginta erit, Stichus liber esto eique heres meus fundum dato', et Titius, antequam ad annum trigensimum perveniret, decesserit, Sticho libertas competet, sed legatum non debebitur. nam favore libertatis receptum est, ut mortuo Titio tempus superesse videretur, quo impleto libertas contingeret: circa legatum defecisse condicio visa est ».

---

(1) *Teoria gen. dei legati e fedecomm.*, p. 353 sgg.

(2) *Contributo alla dottrina delle disposizioni accessorie*, I, p. 122 sgg.

(3) Cfr. anche D. 36, 2, 16 pr. e D. 31, 50, 2. Si avverta pure che tra gli esempi dati da Pomponio vi è il seguente: " servum quem alii non legavero Seio dato ", al quale la dottrina del termine non è in alcun modo applicabile.

(4) Cfr., per la forma, D. 36, 2, 22 pr.

Qui abbiamo appunto una condizione mascherata in figura di termine; essa tuttavia funziona come vera condizione circa il legato, mentre non le si attribuisce tanta efficacia riguardo alla libertà. Qui essa vale come termine. Non potevano taluni cercare di estendere al legato quanto già Giuliano ammetteva per le manumissioni, e quindi non poteva essere opportuna l' affermazione papinianea?

8. Nè crediamo che si possa statuire una norma generale che nei testamenti ogni disposizione riferentesi ad un evento sicuro per l' esistenza, incerto per la data (il cosiddetto *dies certus an incertus quando*), si abbia da interpretare come condizionale; mentre a tale risultato viene la comune dottrina con la sua esegesi di D. 35, 1, 75. Anzitutto è unanime l' insegnamento che tale principio non si applichi al *dies mortis* del legatario; nè potrebbe essere diversamente di fronte ai chiarissimi testi delle fonti nostre. Qui si dànno spiegazioni varie; ma per noi la cosa è semplicissima. Il *dies quo legatarius morietur* è qui per se stesso un *dies certus* nel significato da noi già chiarito: qui manca la possibilità di considerarlo come *incertus*, condizionato cioè dalla sopravvivenza del legatario, e però il legato resta a termine. Che questo *dies* sia *certus* contribuisce a provare anche

D. 35, 1, 72, 5 (Pap. 18 *quaest.*): « ' Maeviae, si non nubserit, fundum cum morietur lego '. potest dici, et si nubserit, eam confestim ad legatum admitti. non idem probatur, si *certus dies incertusve alius* legato fuerit adscriptus ».

« Lo stesso (scrive il giurista) non si ammette, se un altro *dies certus* o *incertus* fosse stato apposto al legato ». Naturalmente deve intendersi nominata per la prima quella categoria (*dies certus*) cui appartiene la fattispecie illustrata, ossia il *dies mortis* del legatario.

Molti testi insegnano invece che si assume come condizionale il legato lasciato alla morte dell' erede; s' intende cioè che il testatore esiga che il legatario sopravviva all' erede (cfr. D. 31, 77, 4; 10; 15. 31, 12, 1. 35, 1, 1, 1. 36, 2, 13). Tra le molte ragioni date di questo trattamento, la più naturale parmi pur quella che, considerandosi l' erede come continuatore della persona del testatore, si trasporta al tempo della

morte del primo quanto normalmente avviene a quella del secondo. Se si leggono i numerosi testi in cui l'erede viene incaricato di prestare o restituire *post mortem*, questa idea apparirà ben consona allo spirito che li informa. Fra i casi in cui trovasi menzione di un legato lasciato se l'erede non raggiunge una data età, e quelli in cui invece parlasi di legato lasciato senz'altro *cum heres morietur*, il giurista romano non trova differenza sostanziale. Si confronti D. 35, 1, 102 e la rispettiva citazione che trovasi in C. 6, 25, 7 (6), 1. Nel primo passo si discorre di un erede gravato di fedecommesso nella ipotesi che *intra annum trigesimum moreretur*; nel secondo si cita la decisione papinianea, come riferentesi in genere a disposizioni presupponenti la morte dell'erede. La c. 7 (6), 1-3 è anche istruttiva nel senso che dimostra l'affinità concettuale intercedente, secondo la giurisprudenza romana, fra siffatte disposizioni e le sostituzioni (1).

Concludendo, diremo che la massima, secondo la quale il *dies mortis heredis* (che per sè è *dies certus*) in materia di legati si mette in rapporto cronologico con la vita del legatario e si tramuta così in *dies incertus*, è dipendente da ragioni speciali e da speciali vedute dei romani; donde segue che nè la massima è applicabile addirittura al diritto moderno, nè per lo stesso diritto romano può senz'altro rivendicare una portata generale.

9. Nella specie di un legato lasciato *cum Titius* (un terzo estraneo) *morietur* abbiamo alcuni testi che considerano il *dies* come *incertus*. Ma l'esame di essi convince facilmente che ivi si tratta di una evidente volontà del testatore (risultante da tutta la disposizione) di voler far pendere l'acquisto del lascito dalla sopravvivenza del legatario al terzo; sicchè mal se ne dedurrebbe un principio generale.

---

(1) Cfr. ora anche il testamento di C. Longino Castore (col. I, ll. 10-13), dove il Mommsen aveva creduto di trovare una sostituzione, ma più correttamente lo SCIALOJA (*Bullett. dell' Istit. di dir. rom.*, VII, 1894, p. 14 sg.) ravvisa un fedecommesso *cum heres morietur*. La clausola è proprio esposta in forma condizionale, ed è ciò che probabilmente ha tratto in errore il Mommsen; mentre manca ogni accenno di istituzione dei pretesi sostituti. Cfr. pure Gai. 2, 277.

D. 30, 68, 1 (Gai. 18 *ad ed. prov.*): « - - - si servo post mortem domini relictum legatum est, si quidem in ea causa durabit, ad heredem domini pertineat: usque adeo, ut idem iuris sit et si testamento domini liber esse iussus fuerit: ante enim *cedit dies legati*, quam aliquis heres domino exsistat, quo fit ut hereditati adquisitum legatum postea herede aliquo exsistente ad eum pertineat *rell.* ».

Quando il testatore lega al servo *post mortem domini*, mira a impedire l'acquisto del legato da parte del domino stesso, il che non si può avere che trasferendo il *dies cedens* al momento immediatamente successivo alla morte di lui.

D. 30, 104, 6 (Iulian. 1 *ad Urs. Ferocem*): « Cum quidam heredem instituit, *quandoque mater eius decessisset*, deinde secundus heres scriptus fuisset et ab eo legata ei, qui sub condicione heres institutus fuisset, relicta essent isque viva matre decessisset, postquam dies legati cesserit, quaesitum est, an heredi eius legata deberentur. verius est legatum heredi deberi, sive pure a substituto legatum datum est primo heredi, sive sub hac condicione ' si heres non fuerit ', quia moriente eo condicio impletur ».

Qui è lo stesso testatore, il quale ha voluto costituire una condizione; tanto è vero che ha provveduto con una sostituzione volgare all' ipotesi che l' istituito premorisse alla propria madre. Da ciò deriva necessariamente il trattamento di questo *dies* come *incertus*, applicato al legato *instituto a substituto relictum*. La condizione della istituzione si ha per mancata nell'estremo istante della vita dell' istituito, e necessariamente si ha nel contempo per avverata la condizione inversa del legato.

Molto istruttivo è

D. 35, 1, 40, 2 (Iavol. 2 *ex poster. Labeon.*): « - - - ' quas pecunias cuique legavi, eas heres meus, *si mater mea moritur*, dato ' - - - Titius - - viva matrefamilias decesserat. mortua matre heredibus Titii legatum deberi Ofilius respondit, *quoniam non sub condicione esset legatum*, sed ante legatum pure, *deinde dies solvendi adiecta*. videamus, inquit Labeo, ne id falsum sit, quia nihil intersit, utrum ita scribatur: ' quas pecunias cuique legavi, eas heres meus, si mater mea moritur, dato ', an ita: ' nisi mater mea moritur, ne dato ': utrubique enim sub condicione vel datum vel ademptum esse legatum ».

Il testatore lascia parecchi legati puramente e semplicemente; poi con una clausola generale ordina all' erede di pagarli *si mater mea moritur*. Ofilio, nonostante che il testatore si fosse valso della congiunzione *si*, opinava trattarsi del un termine (la clausola sarebbe quindi stata una *prolatio diei*). La sua decisione è importantissima. Il *dies mortis testatoris* è per eccellenza tipico della falsamente supposta categoria di *dies certus an incertus quando*; tuttavia troviamo un giurista romano che non ha veruna difficoltà a considerarlo come mero termine in materia di legati, dando azione agli eredi del legatario premorto all' avverarsi di esso. Labeone si oppone a questa decisione di Ofilio: ma, notisi bene, senza invocare la massima che il *dies incertus condicionem in testamento facit* nel senso preteso dalla *communis opinio*, anzi senza invocare alcuna massima generale, ma argomentando dalla volontà specifica del testatore, rivelantesi a suo credere nell'uso della particella *si*. Colui che dice di pagare i legati se la madre muore dice (osserva Labeone) di non pagarli se essa non muore; vi è proprio una condizione nell' intendimento di chi usa tali parole e non un mero termine (1); vi è, in altre parole, un *nisi* che completa e integra quel *si*.

10. Il Brunetti (2), seguendo l' Enneccerus, si arresta sul già ricordato

D. 36, 2, 13 (Pomp. 6 *ad Sab.*): « Huiusmodi legatum: ' sive illud factum fuerit sive non fuerit, illi do lego ', ad heredem non transit, nisi alter⟨uter⟩ casus vivo legatario exstiterit, quoniam causa ex qua debeatur praecedere semper debet. nec, quia certum est alterutrum futurum, omnimodo debebitur *rell.* ».

Secondo i due citati scrittori, il passo non potrebbe intendersi che con l' aiuto della regola papinianea intesa con la *communis opinio*. Ma a tale opinione contrastano due argomenti. L' uno si deduce dalla stessa motivazione del giure-

(1) D. 30, 68, 3 non si può totalmente escludere; è chiaro che la manomissione di un servo *post mortem Titii* è considerata come *ex die certo*. Del resto, siccome in materia di manomissione non può essere parola di trasmissibilità, qui la questione perde la sua importanza.

(2) Op. cit., p. 44 sgg.

consulto romano. Essa non ha che vedere con la massima accennata: « praecedere debet causa ex qua debeatur ». Devesi sapere quale delle due alternative poste dal testatore si è avverata, perchè nascano gli effetti correlativi. La decisione è quindi in istretto rapporto con il carattere formale del negozio (legato in senso stretto), ed è per sè applicabile anche ai negozi simili tra vivi (per es., la *stipulatio*); senonchè in questi ultimi essa perde gran parte dell' importanza sua per la ragione che si è ammessa la trasmissibilità dei diritti condizionali. Non è invece applicabile ai negozi non formali (cfr. D. 18, 6, 8, 1). Insomma, è lasciato il fondo Corneliano « se la nave verrà dall' Asia »; è lasciato ancora lo stesso fondo « se la nave dall'Asia non verrà »: se il legatario muore prima che l'una o l'altra delle due alternative si avveri, non acquista nè trasmette il legato. Manca la causa cui si debba rannodare l'acquisto del diritto. Non importa, soggiunge il giurista, che l'una o l'altra alternativa devesi avverare; poichè anche in altri casi ciò che per sè è di sicura evenienza si considera come condizionale, e però come capace di sospendere il *dies cedens* del legato: per esempio, il *dies mortis heredis*.

Il secondo argomento si è che le parole *sive illud factum fuerit sive non fuerit* non alludono, come pensano i nominati scrittori, soltanto ad un evento d' incerta data. Quindi, se il testatore dicesse: « sia che Tizio raggiunga i venti anni, sia che non li raggiunga », ovvero: « sia che diventi console l'anno prossimo, sia che non lo diventi », la decisione del giurista e la relativa motivazione sarebbero perfettamente applicabili anche a questo caso; e tanto basta a togliere ogni efficacia alla spiegazione accennata. Nè dobbiamo lasciarci smuovere dalla comparazione con il *dies mortis heredis*, che è infatti di incerta data; poichè il paragone è fatto, come il testo dice ben chiaro, solo per il motivo che qui vi ha pure un avvenimento immancabile.

11. A confermarci nella idea nostra servirà finalmente il fatto che la regola papinianea, se intesa nel modo con cui suole la comune opinione, appare affatto strana ed ingiustificata. Ogni ragione intrinseca per separare in genere e senz' altro il trattamento del *dies* di data nota da quello del *dies* di data ignota manca affatto, come i recenti trattatisti hanno opportunamente avvertito e ampiamente dimostrato. Nè mi pare che

possa reggere il nuovo tentativo del Brunetti, quantunque sottile e ingegnoso ([1]). La ragione per cui si trasmette un legato lasciato sotto un *dies certus* (s' intende, secondo il Brunetti, un *dies certus an et quando,* che non sia arrivato vivente il legatario), mentre non si trasmette un legato condizionale se la condizione non si avvera *ante mortem legatarii,* starebbe nell' *intuitus personae.* Quando il *dies* è di data nota e sicura, il legatario può anche prima del suo arrivo valutare il diritto proprio, calcolando con tutta esattezza di quanto decresca il valore per il ritardato godimento. Il diritto che qui i successori del legatario acquistano non è nè maggiore nè minore di quello che il legatario ha acquisito, e loro ha trasmesso. Tutto il vantaggio del legato è pervenuto al legatario stesso. Invece nella ipotesi di un legato condizionale è ben vero che vi ha una speranza di diritto valutabile in denaro secondo un calcolo di probabilità (tutt' altro che ignoto alle fonti), ma non vi è sicura determinazione. Supponiamo che il legato fosse trasmissibile. Il legatario premuore all' avvenimento della condizione. Se l' oggetto del legato vale x, al tempo della sua morte il legato si valuterà $x-y$, calcolando in y il valore negativo della probabilità che la condizione manchi. Il successore del legatario trova nel di lui patrimonio il valore di $x-y$, che, avverandosi la condizione, sale immediatamente a x: egli ottiene da tale avveramento un vantaggio che non ebbe il suo autore, e per conseguenza non si appagherebbero le esigenze dell' *intuitus personae,* per cui la persona designata dal testatore dovrebbe percepire tutto il vantaggio della disposizione.

È ovvio, soggiunge il Brunetti ([2]), che analoga ragione vale per il legato cui sia apposto un termine di sicura evenienza, ma di ignota scadenza. Qui pure dobbiamo regolarci con criteri di probabilità e, dovendosi calcolare il valore di un simile lascito, si avrebbe un salto notevole fra il valore antecedente e quello susseguente alla scadenza del termine. Se si ammettesse la trasmissibilità, il successore del legatario avrebbe per la scadenza del termine un vantaggio non contenuto nel patrimonio del suo autore.

([1]) Op. cit., p. 75 sgg.
([2]) Op. cit., p. 111 sgg.

Anzitutto, questa dottrina pecca nel confondere il diritto con il valore: due concetti essenzialmente distinti. Sia pure che il diritto condizionale ha un valore economico molto diverso del diritto sicuro, quale si determina dopo l'evento della condizione; ma sta altresì che quest' ultimo si svolge dal primo e non è anzi che il maturarsi o perfezionarsi di esso, se pur non vuole ammettersi un passare dalla potenzialità all' atto. Ora, è verissimo che, ammettendosi la trasmissibilità, si avrebbe che all' avverarsi della *condicio* il successore del legatario avrebbe, in luogo di una speranza (pur valutabile in denaro per il calcolo di probabilità), quale si trovava nel patrimonio del suo autore, un diritto sicuro di maggior valore; ma sta appunto che il diritto non è che l' oggetto di quella speranza, lo scopo, la ragione di essa e del suo valore; sta appunto che essa era destinata a tramutarsi in diritto, altrimenti non avrebbe avuto nè significato nè valore; sta appunto che non per alcun elemento estrinseco, ma per sua naturale evoluzione, la speranza di diritto si è venuta determinando.

E ancora: che il determinarsi a favore del successore del legatario di una potenzialità acquisita al suo autore non contrasti alle esigenze dell' *intuitus personae* si prova in più modi. Se io lego a Tizio cento sotto condizione, egli non trasmette il legato che sopravvivendo all'avverarsi della condizione. Ma se io lego puramente a Tizio quanto mi deve Caio sotto condizione, Tizio trasmette il legato, ancorchè la condizione dell' obbligazione non si possa in verun modo ricondurre alla dottrina dell'intuito personale intesa come il Brunetti la intende. E lo stesso dicasi di tutte le condizioni *extrinsecus non ex testamento venientes*, che certamente rendono dubbio il vantaggio effettivo del legato, ma che non ne spostano il *dies cedens* e non ostano alla sua trasmissibilità. Si può trarre parimenti una grave conseguenza dalle *condiciones iuris*. Ogni legato è condizionato sostanzialmente, nel senso che vien meno se l' erede non adisce l' eredità; tutte le condizioni apposte alla istituzione in erede si riflettono quindi sul legato. E tuttavia tali condizioni, neppure se esplicitamente apposte ai legati, non spostano il *dies cedens* e non tolgono la trasmissibilità. Quindi i legati a carico del sostituto, ancorchè pupillare, hanno il *dies cedens* alla morte del testatore. In molti di questi casi la condizione è riconosciuta per gli altri effetti, non per lo spostamento del *dies*

cedens (cfr., per es., D. 30, 45 pr.): tutto ciò sarebbe strano se in realtà l'intuito personale dominasse così assoluto, e con il significato inteso dal Brunetti, la materia testamentaria. Operare con una « presunta volontà del testatore » mi pare assai poco conciliabile con i testi. Si tratta di distinzioni rigorose e formali; si tratta di efficacia diversa proprio là, dove il profano sospetterebbe identità di conseguenze.

Si avverta poi che, ammettendosi (come noi ammettiamo) che il legato a termine di ignota ma sicura evenienza sia di regola trasmissibile, ne viene che, quando il legatario lascia un erede necessario, questi subentra tosto *mortis tempore* nel diritto al legato, il quale avrà quindi al tempo della trasmissione lo stesso valore che aveva nel patrimonio dell'autore. In ogni caso, poi, l'ammontare corrispondente sommato con i frutti rispettivi potrebbe benissimo costituire all'avvenimento del giorno indicato un valore superiore a quello nominale del legato stesso, per essersi il giorno medesimo verificato dopo le previsioni del calcolo [1].

12. La massima che il legato, *pendente condicione*, non si trasmette, si collega con altre regole peculiari alle condizioni che affettano il legato; per es., alla regola che non si considera creditore il legatario *sub condicione*, mentre a vari effetti giuridici si tien calcolo del credito condizionale. Si veda

D. 40, 9, 27 pr. (Hermog. 1 *iur. epitom.*): « In fraudem creditorum manumittitur liberque esse prohibetur, sive dies solvendae pecuniae iam cessit, sive in diem vel sub condicione sit debitum. *diversa causa est legati sub condicione relicti*: nam antequam condicio extiterit, inter creditores legatarius iste non habetur ».

D. 44, 7, 42 pr. (Ulp. 21 *ad ed.*): « Is, cui sub condicione legatum est, pendente condicione non est creditor, sed tunc cum exstiterit condicio, quamvis eum, qui stipulatus est sub condicione, placet etiam pendente condicione creditorem esse » [2].

---

(1) Buone osservazioni sui calcoli del Brunetti fa anche il SEGRÈ, loc. cit., p. 326, e specialmente p. 337.

(2) Il passo si riporta alla *lex Cornelia*; cfr. per le attinenze LENEL, *Ed. perp.*, p. 169 [3ª ed., p. 215].

Donde si può arguire che il legatario, il quale chiede il legato prima dell'avverarsi della condizione, non commetta *plus petitio*, ma faccia semplicemente atto nullo (1).

I motivi di tali regole dovettero essere evidentemente di carattere storico; e a noi essi sfuggono, perchè ci sono ignoti i particolari di quello svolgimento giuridico che condusse ad ammettere le condizioni nei legati. Fu certamente arduo per l'antica giurisprudenza lo statuire che il testatore potesse far dipendere l'acquisto di un diritto per il legatario da un avvenimento che si sarebbe avverato dopo la morte di lui (2), e a tali difficoltà si rannodano verosimilmente le norme accennate. Si limita almeno tale facoltà del testatore nel senso che l'avvenimento debba avverarsi vivente il legatario dal testatore designato. E così si capisce perchè la regola si restringa alle condizioni esplicite, derivanti da speciale disposizione del testatore e affettanti il legato come tale.

Ora, come ognun vede, motivi di tale natura non sussistono affatto, quando il testatore abbia ordinato la prestazione del legato a un'epoca di sicura benchè ignota evenienza. Un simile legato, per sè, doveva essere trasmissibile; solo si eccettuavano i casi in cui, o per la comune maniera di considerare talune disposizioni o per l'evidente intenzione del testatore, la forma del termine mascherasse una condizione.

Se la regola papinianea non ha il senso che generalmente le viene attribuito per il diritto romano, tanto meno si potrà stabilire un principio analogo per il diritto moderno; ed è questo il precipuo risultato cui mirano i nostri appunti.

---

(1) Cfr. P. KRUEGER, *Zeitschr. f. Rechtsgesch.*, 7, 1868, p. 233 sg.

(2) Solo tali condizioni importano per la dottrina della trasmissibilità.

Sulla responsabilità dell'erede che in buona fede distrugge o sottrae al commercio la cosa legata (*).

I.

Vi sono alcuni testi nelle Pandette secondo i quali l'erede [1] che, nell'ignoranza del legato (e però in buona fede), distrugga la cosa legata o la faccia uscire di commercio ne deve tuttavia prestare l'*aestimatio* all'onorato. Questo punto fu brevemente toccato e variamente spiegato, tanto in trattati generali quanto (e più) in monografie sui legati. Recentemente

(*) [Pubblicato con il titolo: *Sugli atti con cui l'erede in buona fede distrugge o sottrae al commercio la cosa legata* in *Rendiconti dell' Istit. Lomb.*, serie II, vol. 24, 1891, pp. 247-265. Ripubblicato in *Archiv f. die civilist. Praxis,* 78, 1892, pp. 321-341, con il tit.: *Ueber die Haftung des Erbens der in gutem Glauben die vermachte Sache zerstört oder dem Verkehr entzieht*; e ancora in GLUECK, *Commentario alle Pandette,* lib. XXX-XXXII, parte II, trad. it. di C. FERRINI (Milano, 1901), come appendice al § 1526 *e*, pp. 279-292, con modificazioni e aggiunte occasionate dalla critica dell'Unger (favorevole alla teoria del Salkowski) e dall'adesione del Pernice. Qui si riproduce il testo di tale appendice, tenendo presenti però le altre due edizioni dello studio. Cfr. anche FERRINI, *Teoria gen. dei legati e fedecomm.*, p. 97 sgg., 405 sgg., 591 sgg.; e *Pandette,* p. 575 sgg.].

[1] Le fonti parlano sempre dell'erede, non mai di altro onerato. Qui non risolviamo il quesito se le cose dette a proposito del primo debbano estendersi, in genere, a tutti gli onerati. [Ma vedi *infra*, p. 364].

esso fu preso in accurato esame dal Salkowski [1]: ed è notevole soprattutto che, mentre la maggioranza degli scrittori [2] ritiene che ciò costituisce un trattamento singolare dell'erede, il Salkowski vi vegga invece un principio generale in materia di obbligazioni, che solo può essere escluso dalla particolare natura del rapporto giuridico.

Prima di valutare questa nuova dottrina, occorre attendere a ben esaminare che cosa si possa dalle fonti ricavare come elemento sicuro sul problema [3].

II.

Anzitutto, conviene tenere ben presente che i testi delle fonti si riferiscono soltanto al legato di dannazione e al fedecommesso. E ciò è naturale: poichè, nell' ipotesi di un legato *per vindicationem*, l' erede non avrebbe potuto sottrarre al commercio la cosa legata, trattandosi di cosa non propria, ma già di altri: l' atto suo sarebbe stato nullo; egli avrebbe potuto bensì consumare o distruggere la cosa, ma allora non si sarebbe potuto dare contro di lui « nè *rei vindicatio* nè *actio ad exhibendum*, poichè egli nè possedeva nè aveva dolosamente cessato di possedere ». Così io già scrivevo, or non è molto [4], e solo mi arrestavo, dubbioso, davanti a D. 31, 63 di Callistrato, osservando: « non pare che qui si abbia una interpolazione, bensì

---

(1) GLUECK's *Commentars Fortsetz.*, XLIX Theil (Erlangen, 1889), § 1526*e*, pp. 317-349 [trad. it. di C. FERRINI, Milano, 1901, pp. 256-278]. Cfr. la mia *Teoria gen. dei legati e fedecomm.*, pp. 405-409, 591-593. Vedi anche i lavori posteriori del PERNICE, *Labeo*, II, 2² (Halle, 1900), p. 113 sgg., e di Jos. UNGER, *Handeln auf eigene Gefahr*, 2. Aufl. (Jena, 1893), p. 37 sgg. (lavoro edito dapprima in *Jhering' s Jahrb. f. die Dogmat. des röm. Rechts*, 30, 1890, pp. 363-421, ed anche a sè, 1ª ed., Jena, 1890) [3ª ed., Jena, 1904].

(2) DONELLO, *ad tit. de V. O.* in l. 91 § 2; ROSSHIRT, *Vermächtnisse*, I, p. 492 sg.; WINDSCHEID, *Pand.*, § 647, n. 11; MOMMSEN, *Beiträge z. Obligationenrecht*, II, p. 96; HARTMANN, *Die Obligation*, p. 228.

(3) È notevole che il JHERING, *La faute en droit privé* (tr. Meulenaere), monografia che meglio di ogni altra fissa il concetto della semplice ingiustizia obbiettiva (pp. 6-9, 24, 46, 61), trascurì la presente questione. È una deplorevole lacuna in una trattazione per tanti capi pregevole.

(4) *Legati e fedecomm.*, p. 407.

una innovazione della più recente giurisprudenza classica; del resto, nulla di preciso noi possiamo aggiungere sul carattere di questa *actio in factum* ». Al contrario, il Salkowski crede fondata, pure nel caso di un *legatum per vindicationem,* un'azione personale incerta. È singolare com' egli insista in più luoghi del suo lavoro su tale azione, che sempre sarebbe generata (ove le circostanze il richiedano) dal legato di proprietà, pur dovendo confessare che le fonti non ne parlano mai. È poi curiosissima l' osservazione ch' egli fa nel caso nostro: « dass es doch eine formalistische Auffassung wäre, von der vom Erblasser gewählten Legatsform hier den Anspruch des Legatars auf eine Ersatzleistung abhängen zu lassen » (1). Come se ciò non fosse in moltissimi altri casi! Una tale osservazione conduce, a fil di logica, a sconvolgere tutta la dottrina classica dei tipi di legato! Quanto al frammento di Callistrato, egli pensa che l'*actio in factum* sia ivi concessa in luogo dell'*actio ad exhibendum* (con funzione di risarcimento), parendogli però che sarebbe stato meglio se i giuristi romani avessero nel caso nostro ammessa la sua *actio personalis incerta ex tetamento* (2).

Non è qui il luogo di confutare la tesi del Salkowski circa la esistenza di tale azione per ogni legato *per vindicationem.* Il silenzio delle fonti ne è, a mio avviso, già un fortissimo argomento contrario (3). Io voglio solo dimostrare che il passo di Callistrato, se bene inteso, non ha nulla a che vedere con la questione di cui discorriamo (4). Ecco intanto il passo:

D. 31, 63 (Callistr. 4 *ad ed. mon.*): « Si heres rem legatam ignorans in funus consumpsit, ad exhibendum actione non tenebitur, quia nec possidet nec dolo malo fecit quominus possideret. sed per in factum actionem legatario consulitur, ut indemnitas ei ab herede praestetur ».

---

(1) Op. cit., p. 323 [trad. it., p. 260].

(2) Op. cit., p. 325 [trad. it., p. 262].

(3) [In varie contronote alla citata sua traduzione italiana il Ferrini ha ripetutamente sostenuto la mancanza di fondamento per la tesi del Salkowski].

(4) Io stesso ebbi il torto di addurlo in questa materia: vedi *Legati e fedecommessi,* p. 407.

L' *actio in factum* di cui discorre Callistrato non può essere altro che la nota *actio utilis* (*in factum*) *funeraria*. Si confronti

D. 11, 7, 46, 2 (Scaev. 2 *quaest.*): « Ei, cui vestimenta legantur, si in funus erogata sint, utilem actionem in heredem dandam placuit *rell.* ».

E, naturalmente, non si fa distinzione se l'erede sapesse (nel qual caso potrebbe essere anche trattato come *fictus possessor*) o no del legato: poichè il fondamento di tale azione è semplicemente che i funerali devono farsi a spese dell'erede. Se quindi l'erede ha adoperato e consumato cose altrui, risparmiando le proprie o risparmiando di acquistarne, egli deve tenere indenne il proprietario. Si faccia il confronto con i seguenti testi, presi tutti dal titolo *de religiosis*, e si vedrà che la nostra identificazione dell'*actio in factum* mentovata da Callistrato non può essere dubbia:

D. 11, 7, 7 pr. (Gai. 19 *ad ed. prov.*): « Is qui intulit mortuum in alienum locum aut tollere id quod intulit aut loci pretium praestare cogitur *per in factum actionem* rell. ».

D. eod. 14, 3 (Ulp. 25 *ad ed.*): « *Funeris causa sumptus factus* (1) videtur is demum, qui ideo fuit, ut funus ducatur – – – utputa si quid impensum est in elationem mortui: sed et si quid in locum fuerit erogatum, in quem mortuus inferretur *rell.* » (2).

D. eod. 37 pr. (Macer 1 *ad leg. vic. her.*): « Funeris sumptus accipitur quidquid corporis causa, veluti unguentorum, erogatum est, et pretium loci – – – et quidquid corporis causa antequam sepeliatur consumptum est *rell.* ».

L' *actio in factum* di Gaio risponde all' *actio utilis* di Scevola; i requisiti obbiettivi di tale azione comprendono il caso

---

(1) Il *sumptus*, cioè, che viene in considerazione nell'*actio funeraria* e che, mancando i requisiti subbiettivi di questa, può tuttavia dar vita all'*actio in factum*.

(2) Cfr. anche § 4 ib.: " – – – idemque et si quid ad corpus custodiendum vel etiam commendandum factum sit, vel si quid in marmor vel vestem collocandam ".

in cui l' erede consumi, pur in buona fede, la cosa legata *per vindicationem*, nel *funus*, nei riti o nelle pompe funebri. Ed è quindi questa l'*actio in factum* per cui, come insegna Callistrato, si procura al legatario una congrua indennità.

Ma tale *actio in factum* spetta nel caso nostro al legatario nella sua qualità di proprietario contro l' erede, obbligato di diritto a sostenere gli oneri dei funerali; non dipende quindi dal rapporto particolare in cui, per il fatto del testamento, il legatario sta di fronte all'erede, e tanto meno da una presunta obbligazione che, pure in questa ipotesi, stringa l' ultimo verso il primo (1) (2).

III.

Messo fuori di questione il testo di Callistrato, non rimangono altri passi relativi al problema nostro all' infuori di quelli che si occupano di legati *per damnationem* e di fedecommessi (3). Anche qui la scelta deve essere rigorosa e ben

---

(1) Non bisogna, per il fatto che il giurista dichiara inapplicabile l'*actio ad exhibendum* e invece esperibile l' *actio in factum,* concludere che questa sia un surrogato della prima (come fa invece il SALKOWSKI, op. cit., p. 325 n. 14 [trad. it., p. 262 n. 14]: il perno vero della decisione sta tutto nello *ignorans*. Se l' erede fosse stato consapevole, si tratterebbe come un *fictus possessor* e si darebbe contro lui l' *actio ad exhibendum*; non essendolo stato, rimane solo l' *actio in factum* (*funeraria*) per provvedere all' indennità del legatario. La quale invece rimaneva esclusa, ove competesse la prima, stante la nota qualità di sussidiaria che ha la funeraria, e che ben si deve estendere alle azioni introdotte sull' esempio di questa. L' *actio ad exhibendum* era del resto più proficua, giacchè l' *actio in factum* si limitava ad ottenere il valore delle cose consumate (D. 11, 7, 7 pr.: " loci pretium "; D. eod. 46, 1: " pro aestimatione loci "). La frase poi di Callistrato *ut indemnitas — praestetur* non manca di confronti nei testi in cui si tratta di oneri funerarii (cfr. D. 11, 7, 14, 1: " legatarium tamen legato carere non oportet, si potest *indemnis* ab herede praestari *rell.* ").

(2) Questa nostra dimostrazione, pubblicata in *Rendic. dell' Istit. Lomb.*, vol. XXIV e in *Arch. f. die civ. Pr.*, vol. LXXVIII [cfr. *supra*, p. 253 nota *], è stata completamente accettata dal PERNICE, *Labeo*, II, 2², p. 113, il quale, nella n. 3, dice che D. 31, 63 di Callistrato " spricht von der *actio in factum funeraria*: ich weiss dem von Ferrini Gesagten (*Archiv*, 78, 323 f.) nichts hinzufügen ".

(3) Cfr. *Legati e fedecommessi,* pp. 405-406.

diretta, e cioè devonsi assumere quei soli passi in cui si parla di atti dell'erede che importano una vera impossibilità di dare la cosa, sia perchè la distruggono sia perchè la pongono fuori di commercio. Non devono quindi addursi quei testi in cui si parla di alienazione della cosa: perchè si ripeterebbe quella confusione evidente e dannosa (1) che non di rado avviene. Infatti, anche dopo l'alienazione rimane possibile la prestazione, e non si vede perchè l'erede debba esserne esonerato. Solo nel caso in cui l'acquirente distrugga la cosa o la faccia uscire di commercio si applica il principio di cui trattiamo; poichè, in genere, qualora per tali atti si abbia a ritenere responsabile il debitore, non si distingue se essi siano compiuti da lui o dall'acquirente: in entrambi i casi l'effetto si riconduce ad un *factum* suo (cfr. anche D. 45, 1, 91, 2). È anzi da notare che, trattandosi di legato *per damnationem*, qualora l'erede (sia pure in buona fede) avesse alienato la cosa legata, non valevano i temperamenti ammessi gradatamente dalla giurisprudenza nel caso che il testatore avesse legato una *res aliena*; e che qui, per conseguenza, l'erede rimaneva obbligato a procurar la cosa ancorchè l'acquirente non volesse rivendergliela che a prezzo immodico. Infatti, tutti quei temperamenti si riferiscono esplicitamente ed esclusivamente alla ipotesi di cosa già altrui al tempo del testamento. Nè poi mancano ragioni intrinseche per un diverso trattamento dei due casi.

In tema di fedecommesso, ove la *cognitio* era più libera e benigna, il trattamento era probabilmente meno rigoroso (2). Tanto più che qui bisognava impedire che il fedecommissario ottenesse l'*in rem missio* contro il terzo acquirente di buona

---

(1) La confusione però è stata fatta non di rado: per es. il ROSSHIRT, op. cit., p. 492, mette assieme i casi, in cui l'erede " die Sache verbraucht, *verkauft*, den *servus* freigelassen habe „; e tale confusione influì certo sulla non felice spiegazione ch'egli dà del principio, contro la quale vedi anche *Legati e fedecommessi*, p. 406. Anche il SALKOWSKI, benchè dei casi di alienazione si occupi in altra parte del libro (op. cit., § 1526 *f*, vedi soprattutto p. 385 sg. [trad. it., p. 319 sgg.]), non distingue le due ipotesi abbastanza nettamente.

(2) Sulle particolarità delle *cognitiones* nei confronti con l'antica procedura, e sul nuovo diritto connesso, rinvio alla seconda parte della recente opera del KUNTZE, *Die Obligationen im röm. u. heut. Recht u. das " ius extraordinarium „ d. röm. Kaiserzeit* (Leipzig, 1886).

fede. Scevola (D. 31, 89, 7) in un simile caso rispose: « propter iustam ignorantiam tam mulieris quam emptoris heredem mulieris, ut fundus apud emptorem remaneat, fideicommissario pretium dare debere ». Come appare dalla domanda che precede il responso, qui per *pretium* s' intende il denaro effettivamente pagato dall' acquirente. È questa decisione scevoliana generale per ogni ipotesi di alienazione fatta in buona fede dal fiduciario? Già *a priori* si potrebbe rispondere che no, pensando a ciò che per l' autorità di Giuliano si stabilì circa la manumissione del servo fatta dal fedecommissario [1]. Il Salkowski ha ragione, a mio avviso, dove ritiene che la decisione di Scevola dipenda dalle peculiari circostanze di fatto; non però dove fra queste dà soprattutto rilievo all' essere imposta al fedecommissario « la restituzione di tutta l' eredità ». « Sicchè — egli continua [2] — l' erede, se fosse tenuto oltre il prezzo da lui percepito, verrebbe a prestar più di quanto nell' eredità si trova ». Il qual concetto non è punto vero (c' è sempre, intanto, la quarta trebellianica per il fiduciario), nè torrebbe punto la contraddizione con D. 36, 1, 26 (25), 2, che pure considera il caso di restituzione della eredità intera. La vera circostanza di fatto, che mi sembra avere influito sulla decisione, è quella posta esplicitamente in rilievo nel quesito: « praedium hereditarium uxor *infructuosum rationi suae* existimans vendidit ». L' alienazione del predio era per la donna (o almeno pareva essere) un atto di buona amministrazione, giacchè nelle sue circostanze particolari [3] non le procurava un congruo reddito; sarebbe quindi stato eccessivo che l' adempimento di un dovere (e un vero *officium* è l' oculata gestione dei propri averi) le dovesse riuscire di danno. Vedremo avanti come, anzi, l' influenza di simili considerazioni si facesse sentire anche oltre la cerchia del fedecommesso.

---

[1] Appunto per ciò Friedr. MOMMSEN (nei citati *Beiträge*, I, p. 254) ammette una divergenza di opinione fra Scevola e Giuliano. Ma, come vedremo, senza sufficiente motivo.

[2] Op. cit., p. 387 [trad. it., p. 321].

[3] Che qui *infructuosum* sia detto in senso relativo e non assoluto (ossia: " infructuosum *rationi suae* „), è ben riconosciuto: cfr. anche SALKOWSKI, op. cit., p. 385 n. 61 [trad. it., p. 320 n. 61].

IV.

Veniamo così ai testi i quali direttamente si riferiscono alla nostra questione. Tali testi si occupano quasi tutti della manumissione del servo lasciato per legato o fedecommesso: uno solo della inedificazione dei materiali legati (con susseguente sottrazione di essi al commercio, in forza dei noti senatoconsulti). Cominciamo da quest' ultimo.

D. 30, 41, 16 (Ulp. 21 *ad Sab.*): « Sed si heres ea (*sc.* quae testator legavit) iunxit, puto non exstingui »,

D. eod. 42 (Ulp. 2 *fideicomm.*): « sive scit sive ignoravit ».

D. eod. 43 pr. (Ulp. 21 *ad Sab.*): « - - - heres ergo aestimationem praestabit *rell.* ».

Il legato rimane valido, ossia perdura l'*actio ex testamento*, diretta ormai (non ammettendosi la pretesa alla separazione dei materiali) al conseguimento dell' *aestimatio*. Parrebbe quasi che qui il motivo della decisione debba essere il fatto che altrimenti l' erede verrebbe a lucrare indebitamente il valore dei materiali inedificati. Avendo inedificato tali materiali in luogo di adoperare i propri o di acquistarne dai terzi, certamente egli ricava un vantaggio che mal si saprebbe ammettere di fronte alla perdita del legatario. Bisogna però notare che nel testo non si trova alcun cenno di simile motivo: il giurista si limita invece ad osservare che il legato, come fu lasciato dal testatore, era valido (« haec autem mortis tempore aedium non fuerunt »), e in ciò è implicita l' avvertenza che un valido legato non possa dall'erede, mediante simile atto (benchè compiuto in buona fede), essere reso nullo.

V.

I passi che discorrono della *manumissio* di un servo lasciato per legato (o fedecommesso), fatta in buona fede dall' erede, si riferiscono tutti a una decisione di Giuliano, che è verosimilmente quella contenuta in D. 36, 1, 26 (25), 2. Infatti, Paolo (D. 45, 1, 91, 1) cita in proposito Giuliano, e così

pure doveva citarlo Marciano nelle sue Istituzioni; chè se in D. 30, 112, 1 la citazione di Giuliano fu omessa, non dobbiamo dimenticare che essa si trova nelle Istituzioni giustinianee (2, 20, 16), dove il passo di Marciano è stato assai meglio riprodotto (1).

Giuliano in D. 36, 1, 26 (25), 2 fa l'ipotesi di un figlio istituito erede, dopo la cui morte doveva aprirsi un codicillo per il quale l'eredità doveva poi trasmettersi alla sorella di lui. Se il figlio, sapendo quanto è scritto nel codicillo, manomette uno dei servi ereditari, è bensì valida la manumissione, dice il testo, ma è chiaro che gli eredi di lui « pretium eius servi sorori defuncti praestare debent » (2). Il citato paragrafo chiude come segue: « hoc amplius et si ignorasset filius codicillos a patre factos, nihilo minus heredes eius pretium praestare debebunt, ne factum eius[quam] alteri damnum adferat ». Che questa sia la decisione fondamentale di Giuliano si comprova benissimo con l'esame di D. 45, 1, 91, 2, dove Paolo pone (e non risolve) il quesito se il *promissor* che, ignorando l'obbligazione, uccida il servo dovuto sia tuttavia tenuto verso lo stipulante, e aggiunge: « quod Iulianus putat in eo, qui, cum nesciret a se petitum codicillis ut restitueret, manumisit » (3). È

(1) Cfr. Ferrini, *Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano*, in *Memorie dell'Istit. Lomb.*, vol. XVIII, 1898, p. 134 e p. 156 [ved. in *Bullett. dell'Istit. di dir. rom.*, vol. XIII, 1901, p. 105 e p. 162 = *Scritti*, II, p. 312 e p. 373]. Vedi ora l'adesione del Pernice, *Labeo*, II, 2², p. 117 n. 1.

(2) Aggiunge il testo: " libertate favore sui servata ". Questa aggiunta è molto oscura. Intanto non si vede perchè mai s'invochi il *favor libertatis*: qui la manumissione è fatta dal domino e non è atto che, validamente compiuto, possa ritrattarsi. Quelle parole provengono dai compilatori, i quali le hanno inserite allo scopo di temperare l'incongruenza che doveva sorgere per il diritto giustinianeo da questa decisione in confronto di altre, come, ad es., quelle in D. 40, 1, 11 e 40, 9, 29, 1. Si avverta infatti che per il diritto giustinianeo il fedecommissario ha pure un'azione reale, sicchè la sua posizione nel caso nostro si avvicina grandemente a quella dell'antico legatario (*per vindicationem*) *sub condicione*. Inoltre, non è da dimenticare per il diritto giustinianeo C. 6, 43, 3, 3 *b*.

(3) Per lo stato del diritto anteriore alla comune accettazione della proposta di Giuliano io avevo già citato (*Rendic.* cit., p. 254 n. 1; e *Archiv* cit., p. 329 n. 19) alcuni testi del commentario di Pomponio *ad Sabinum* (lib. 5 e 9), e cioè D. 30, 26, 1 e D. 45, 1, 23: cfr. D. 12, 1, 5. Il Pernice, op. cit., p. 116, osserva che quei due testi si riferiscono alla mora e che

ben notevole che la decisione di Giuliano concernesse un caso di fedecommesso. Qui pure non è assurdo il pensare che lo spirito e la forma della *cognitio* si prestassero meglio a tali innovazioni, che non l'*actio ex testamento* più rigorosamente disciplinata. Qui infatti l'oggetto del lascito era venuto meno senza colpa dell'onerato e la continuazione dell'obbligo di questo si fondava sopra un molto libero apprezzamento della funzione del negozio *mortis causa* [1], per cui certamente la cognizione fedecommissaria era più opportuna. Ripugna che il lascito sia reso vano proprio per fatto ed opera di colui al quale il testatore ne aveva imposto l'esecuzione. Sembra che si agisca in conformità alla natura del negozio, costringendo l'onerato a pagare l'*aestimatio* « ne factum eius alteri (*scil.* fideicommissario) damnum adferat ».

A questo proposito non è fuor di luogo l'osservare che, anche nel caso relativo alla inedificazione dei materiali legati, il testo, che dichiara tenuto l'erede a pagare l'*aestimatio* pur nella ipotesi che l'inedificazione sia avvenuta in buona fede, è tolto dall'opera di Ulpiano sui fedecommessi, mentre Ulpiano

---

per conseguenza non è senza esitazione che si possono invocare per l'attuale problema. Tuttavia mi permetto di osservare che il primo testo vuole anzi accennare al caso che mora non vi sia [vedi *supra*, p. 209]. Piuttosto è da notare che espressioni molto generali, come quelle ivi contenute, sono sempre da assumere con cautela.

[1] Per una simile congettura confronta l'osservazione che più tardi fece Ulpiano nel caso analogo di luogo legato fatto religioso dall'erede: " testator enim qui legavit vel alio inferri voluit vel *pretium loci legatario offerri* " (D. 30, 53, 7). In tal senso ora anche il PERNICE, op. cit., p. 120, nn. 1 e 2. Non va poi taciuto che, nel caso di manumissione, l'erede acquista contro la volontà del testatore i diritti di patronato; nel caso di inedificazione lucra il valore dei materiali. Il caso dell'erede che uccide (ignorando il legato) il servo o l'animale legato non è risolto nelle fonti, ed è arbitrario il divinare come vi sarebbe stato risolto. Ulpiano, D. 30, 53, 5, si riferisce al caso normale di conoscenza del legato; male spiega questo testo il SALKOWSKI, op. cit., p. 321 n. 8 [trad. it., p. 259 n. 8]: vedi FERRINI, *Sulla responsabilità dell'erede nel legato " per damnationem " di una " res certa "*, in *Rendiconti dell'Istituto Lomb.*, serie II, vol. 33, 1900, p. 696 [= *supra*, p. 214]. L'UNGER (*Handeln auf eig. Gef.*, p. 38) protesta contro una simile *coniectura voluntatis.* Egli ha probabilmente ragione contro la forma, non contro la sostanza della spiegazione. Se si considera la funzione del negozio e si confronta con quella degli atti *inter vivos*, la verità delle osservazioni fatte nel testo non può riuscire dubbia.

nel suo commentario a Sabino, ove trattava *ex professo* dell' oggetto del legato *per damnationem*, non faceva menzione della ipotesi dell' ignoranza dell' onerato.

Tuttavia non passò molto tempo che anche qui, come altrove, il trattamento straordinario del fedecommesso influì sopra quello del legato *per damnationem*. La prova si ha nel testo di Marciano riprodotto nei Digesti e nelle Istituzioni.

D. 30, 112, 1 (Marcian. 6 *instit.*): « Cum servum [suum] heres damnatus dare (1) eum manumiserit [tenetur in eius aestimationem] ⟨teneri eum in eius aestimationem Iulianus scripsit⟩ (2): nec interest scierit an ignoraverit ⟨a se⟩ legatum ⟨esse⟩ (3). sed et si donaverit servum heres et eum is cui donatus est manumiserit, tenetur heres, quamvis ignoraverit a se eum legatum esse (4) ».

Senza dubbio, « suum » è qui interpolazione giustinianea, come « heredis » in Inst. 2, 20, 16, poichè, senza tali aggiunte, ai tempi di Giustiniano la massima non sarebbe stata più vera: anzi, se lo schiavo fosse stato del testatore, la stessa manumissione sarebbe risultata nulla, per effetto della parificata efficacia di ogni legato.

VI.

La spiegazione data da noi dei testi accennati si può dunque riassumere come segue. Prima nella *cognitio extra ordinem* in materia fedecommissaria, poi anche nel caso di legato *per damnationem*, si considerò (sull' autorità di Giuliano) conforme alla tendenza e funzione di questi negozi giuridici l'obbligare l'erede, che, per fatto proprio, avesse (sia pure in buona

---

(1) sic Dig.

(2) Cfr. Inst. 2, 20, 16. Del resto, è ovvio ammettere che nell' originale si leggesse che Giuliano aveva così deciso in caso di fedecommesso: se infatti una decisione di Giuliano per il caso di *legatum per damnationem* fosse esistita, l' avrebbe ricordata Paolo in D. 45, 1, 91, 2 (come assai più conveniente al suo assunto) invece di quella ch' egli cita. Ed è pur ovvio ammettere (come soggiungo nel testo) che siano interpolati tanto " suum „ in D. 30, 112, 1, quanto " heredis „ in Inst. 2, 20, 16.

(3) Cfr. Inst. 2, 20, 16.

(4) sic Dig.

fede) sottratto al commercio l'oggetto legato, a pagarne invece l'*aestimatio*. Nel diritto giustinianeo tale obbligo dovette di regola limitarsi al caso di legato di cosa dell'erede, chè (generando ormai ogni forma di legato direttamente il dominio nel legatario) nulli riuscivano gli atti dell'erede diretti a sottrarre la cosa al commercio. Circa i casi di perimento della cosa per fatto dell'erede, mancano testi sicuri.

Io parlo sempre, ed espressamente, dell'erede, giacchè non si allude mai nelle fonti (come già ho notato) ad altro onerato. È naturale, a mio credere, che l'accennato trattamento si restringesse al caso in cui la prestazione del lascito fosse imposta a chi ne veniva ad essere il successore e aveva (almeno nella porzione assicuratagli per legge) un compenso per le cure e i sacrifizi che l'adempimento della volontà del testatore gli avesse costato. Ed è appunto la mutata posizione dell'erede nel diritto moderno che mi fa trovar giusto che le nuove legislazioni non conservino una massima così eccezionale [1]: talchè, per noi, tutto si riduce all'ordinario quesito sull'esistenza o inesistenza di colpa nel gravato.

Si capisce pure che gli atti che l'erede compie per adempimento di qualche ufficio non apportino tale conseguenza; ci è detto espressamente che l'erede il quale (ancorchè sciente) uccide « servum merentem ob facinus » non è tenuto a nulla verso il legatario (D. 30, 53, 3). La ragione è pur quella che tali atti sarebbero stati compiuti o dal testatore, che fosse sopravvissuto, o dal legatario che avesse prima avuto l'oggetto.

Noi quindi restringiamo il principio di Giuliano ai casi di obbligazione nascente da legato o fedecommesso, e siamo ben lungi dal volerne fare una norma generale in materia di obbligazioni. L'unico testo in proposito addotto (D. 45, 1, 91, 2) questo non prova, come invece anche recentemente parve al Salkowski: poichè ivi Paolo non dice affatto che la decisione giulianea sia applicabile alle stipulazioni [2]. Vedremo che la teoria del Salkowski non resiste alla critica. Ma prima esaminiamo le spiegazioni di coloro che mantengono nei nostri limiti il principio di Giuliano.

---

(1) Vedi *infra* [p. 370].

(2) *Legati e fedecomm.*, p. 406: vedi *infra* [p. 367].

VII.

La più notevole fra le spiegazioni date dagli antichi è quella di Donello. Secondo questo [1], l'erede è sempre in colpa quando dispone in tal modo della cosa, poichè egli deve pur sempre pensare alla possibilità che in qualche documento del testatore, non ancora scoperto o non ancora aperto, la cosa stessa sia lasciata a qualcuno. In realtà, a tale ragione avevano pensato anche altri, fra cui lo scoliaste bizantino, di cui io ho pubblicato [2] l'osservazione traendola dal *Codice Laurenziano* LXXX, 6: κληρονόμος γὰρ ὢν ὤφειλε μὴ περὶ τούτων ἀγνοεῖν (« giacchè, essendo erede, non gli era lecito ignorare tali cose »). Ma tale osservazione, benchè si presenti quasi spontanea (e lo prova anche l'incontro dello sconosciuto greco con il grande francese), non può accontentare. E, infatti, si può veramente chiamar colpa il disporre di una cosa, quando non ci sia grave argomento per far pensare che quella cosa si deve restituire, anzi anche quando possa esservi un concorso di tante ingannevoli circostanze da ingenerare una contraria certezza?

Fu inoltre benissimo avvertito che il principio di Giuliano è nelle fonti esteso anche al legato di cosa propria dell'erede. Ora, che l'erede versi in colpa anche se in buona fede dispone delle cose proprie, è tale esorbitanza che a nessuno parrà sicuramente accettabile. S'avverta inoltre che le fonti non suppongono affatto che l'erede sia stato negligente (nell'assumere informazioni etc.): anzi esse fanno esplicitamente il caso che il testatore abbia proibito l'apertura dei codicilli.

Migliore assai mi pare la ragione addotta da Friedr. Mommsen: « es wird nämlich als dem Willen des Testators widersprechend angesehen, dass dessen wohlwollende Absicht durch eine freie Handlung desjenigen, dem er die Ausführung dieser Absicht zur Pflicht gemacht hat, vereitelt werden sollte » [3]. Più che altro mi pare da modificare questo modo di esprimersi, nel senso che si debba sostituire alla volontà del testa-

---

[1] *Comment. ad tit. de V. O.*, ad h. l.
[2] *Legati e fedecomm.*, p. 591.
[3] Op. cit., p. 258.

tore la funzione del negozio, la quale certo non prescinde dalla somma statisticamente prevalente delle tendenze empiriche delle parti, ma tien conto anche di altri motivi di utilità generale e di coordinazione degli interessi. Il Salkowski ha obbiettato: « wenn wir hier einmal den Willen des Erblassers hineinziehen, dann werden wir wohl auch bei einem zufälligen Untergange der Sache zu derselben Entscheidung gelangen müssen » (1). Io avevo risposto che un avvenimento, che avrebbe potuto benissimo avverarsi vivente il testatore, o anche dopo la consegna della cosa all'onorato, non può affatto parificarsi ad un fatto dipendente dall'arbitrio e fors'anche dal capriccio personale di chi avrebbe dovuto essere il fedele esecutore della volontà del defunto, e in certo modo far propria la volontà di questo. Ora, poi, io sono dispostissimo a rinunziare a qualunque congettura di volontà, e anzi credo di essere così nella strada percorsa dai grandi giuristi classici. Ma non dobbiamo dimenticare la funzione del negozio e la posizione dell'erede. L'origine dell'obbligazione del legato è nella disposizione del testatore, e l'erede è collocato al posto di questo: i suoi atti liberi possono contrastare con tale sua posizione particolare; non mai, evidentemente, con il caso fortuito.

La formola di Friedr. Mommsen, leggermente corretta, spiega (a mio avviso) soddisfacentemente la massima, tanto più se teniamo presente la sua origine storica, quale noi l'abbiamo indicata: la sua origine, cioè, nella procedura straordinaria del fedecommesso.

VIII.

Per il Salkowski invece bisogna partire dal principio che, « se il debitore con il proprio agire rende impossibile la prestazione della cosa, rimane obbligato verso il creditore, non potendosi qui discorrere di caso fortuito; nè si chiede s' egli conoscesse o no l'esistenza dell'obbligazione » (2). In sostanza, questo è il principio già formolato dal Vinnio (3). Ma un simile

(1) Op. cit., p. 337 [trad. it., p. 270]; cfr. UNGER, op. cit., § V, p. 37 sgg.
(2) Op. cit., p. 339 [trad. it., p. 271 sg.].
(3) Ad § 16 Inst. II, 20.

principio generale non si trova mai esposto nelle fonti. Il motivo addotto da Giuliano « ne factum eius (si noti, non *cuiusquam*) alteri damnum adferat » è evidentemente relativo all'esempio di erede e fedecommissario, e la posizione dell'erede di fronte a quella dell'onorato non è senz'altro quella di qualsiasi debitore verso il suo creditore. Lo stesso Salkowski poi, passando in rassegna i vari tipi di obbligazione, non sa addurre altra prova della generalità del principio se non il contrastato D. 45, 1, 91, 2, in materia di stipulazione, sul quale già abbiamo discorso [1]. Del resto, egli ammette che in niun'altra obbligazione il debitore continui a rimanere obbligato. Esaminiamo brevemente le sue osservazioni.

Circa la *stipulatio*, si vegga quanto poco sia probabile l'asserzione del Salkowski di fronte al fatto che le fonti riconducono sempre alla *culpa in faciendo* la responsabilità del promittente. Se poi pensiamo che la *stipulatio* può benissimo riposare sopra una causa gratuita, chi non troverà anche praticamente niente affatto opportuna ed equa una simile massima? Ma (soggiunge il Salkowski) e se invece essa riposa sopra una causa onerosa? In tal caso l'inconveniente non sarebbe tanto grande; ma le regole della *stipulatio* valgono per tutti i casi, data la sua natura di atto eminentemente formale, e i romani, che solo così tardi e peritanti accolsero quel principio per i legati, lo avrebbero esteso anche alla *stipulatio*, per cui molte volte sarebbe riuscito iniquo? Del resto, nota bene il Pernice che è un errore considerare la stipulazione come una forma di contratto: essa costituisce un con-

---

[1] Perfino l'UNGER (*Handeln auf eig. Gefahr*, p. 40 n. 8) confessa che il passo citato non risolve il problema nel senso voluto dal Salkowski, ma lo lascia indeciso, e che nulla a conforto della tesi del Salkowski si può ricavare da Paul., *Sent.*, 5, 7, 4 (all'uopo egli istituisce un acuto confronto con le parole che seguono nelle Sentenze stesse). Che il passo citato nel testo sia stato abbreviato dai compilatori, ammettono ora tutti. È però da notare con il PERNICE (*Labeo*, II, 2², p. 116 n. 3) che la parte omessa non si trovava prima, ma dopo la decisione di Giuliano: questo si può ricavare anche dalla forma della costruzione (vedi FERRINI, *Sul frammento "de formula Fabiana"* in *Rendiconti Istit. Lomb.*, ser. II, vol. 33, 1900, p. 136 n. 3 [ora in *Scritti*, II, p. 272 n. 3]). E si può aggiungere con il Pernice medesimo, favorevole all'applicazione estensiva dell'opinione di Giuliano: "das Weggeschnittene war schwerlich die Zustimmung des Paulus".

tratto autonomo unilaterale; il rapporto eventuale con la controprestazione è quindi sempre ideale e potrebbe solo farsi valere con un'eccezione di dolo. E neppure si potrà dire che abbia molta forza il seguente argomento del Salkowski: « Eppure, se un terzo distrugge dolosamente la cosa dovuta, è tenuto a risarcire il creditore ». Benissimo! Ma se il terzo senza colpa (per es. il proprietario o il possessore di buona fede della cosa da altri promessa) distrugge la cosa, l'obbligazione va in fumo. E come niuno reputerebbe valido argomento per la nostra tesi l'addurre tale incontrastata norma, così (e ben *a fortiori*) niuno troverà che provi alcunchè quella addotta dall'autore. Con simili argomentazioni, nota ancora il Pernice [1], non si arriva a verun risultato: è chiaro qui che di due innocenti uno deve subire il danno; quale, è questione più di politica legislativa che di costruzione giuridica. Del resto, finchè predomina il principio della colpa, è il fatto che sarà decisivo.

Circa le *condictiones*, il Salkowski ammette (con D. 12, 6, 65, 8 e 39, 6, 39) che per tali atti del debitore venga meno l'obbligazione, poichè cessando l'arricchimento cessa anche l'*aequitas condictionis* [2]. Ma a me par più semplice far rientrare pur questo caso nel principio generale (opposto, naturalmente, a quello del Salkowski). Non è il venir meno dell'arricchimento il solo fattore dell'estinzione dell'obbligazione (altrimenti si libererebbe pur chi distruggesse in mala fede la cosa), bensì tale venir meno congiunto con la buona fede di colui che ha distrutto l'oggetto. Bisogna poi avvertire che qui l'azione è formalmente uguale a quella nascente da stipulazione: dovrebbe dunque la causa del difforme trattamento dipendere dalla materiale diversità; ma si può, domanda il Pernice [3], discorrere di questo, dove *datum* e *stipulatum* stanno assieme come equipollenti *causae condictionis*? Del resto, poichè la spiegazione data dal Salkowski ha contentato anche l'Unger [4], osserverò che la *condictio* deriva non dall'arricchimento in sè, ma dalla *datio*: vi sono dei fatti che tolgono o diminuiscono la relativa

---

(1) *Labeo*, II, 2², p. 116.
(2) Op. cit., p. 343 [trad. it., p. 274].
(3) *Labeo*, II, 2², p. 119 n. 1.
(4) *Handeln auf eig. Gefahr*, p. 42 n. 11.

obbligazione, ma sono tali in quanto che tolgono o diminuiscono l'effetto della *datio* (l'arricchimento) senza che il debitore ne abbia a rispondere, e questa responsabilità si misura alla stregua ordinaria.

Per il deposito e il commodato, rettamente il Salkowski arguisce analogo trattamento da D. 16, 3, 1, 47, e rettamente pure estende l'analogia ai casi di pegno e di mandato (1). Questo deve ammettersi, pur ritenendo che le parole *vel commodatam* nel citato frammento siano interpolatizie. La differenza, egli dice, che intercede fra questo gruppo di obbligazioni e quelle *ex testamento* o *ex stipulatione* sta in ciò: che là si tratta di restituire al creditore una cosa sua, qui invece di far entrare una cosa nel patrimonio del creditore; là si tratta di rispondere della distruzione di cosa altrui affidata (e tale responsabilità si fonda sopra una colpa subbiettiva, che presuppone la nozione del rapporto esistente), qui invece il debitore dispone a suo rischio della cosa che deve procurare al creditore. Questa intima differenza tra l'efficacia dell'uno e dell'altro gruppo di obbligazioni non tutti saranno disposti a concedere. Parrà piuttosto che, se opera a proprio pericolo chi dispone in buona fede di una cosa propria che dovrebbe dare ad altri, a fortiori a proprio rischio agisca chi (sia pure in buona fede) dispone di una cosa altrui affidata alla sua custodia. La responsabilità in cui uno incorre circa le cose proprie non dovrebbe oltrepassare quella in cui s'incorre circa le cose altrui. Io qui faccio sempre astrazione dalle ragioni particolari vigenti nel caso di legato. Questo è stato anche sentito dai giuristi romani, che nel gruppo accennato di obbligazioni (a differenza che nella stipulazione) ammettono anche la responsabilità per colpa negativa. Si ricordi poi che il presupposto (non per il deposito, in cui non si risponde che di dolo e colpa lata, ma per il commodato, per il mandato e per il pegno) è che l'agente versi in ignoranza veramente scusabile; giacchè, se non si può scusarlo da imprevidenza, leggerezza, precipitazione, non lo si potrà neppure assolvere dalla relativa responsabilità.

---

(1) Op. cit., p. 344 sg. [trad. it., p. 274 sg.].

E tanto più diventa dubbio il principio del Salkowski, ove si rifletta che anche per le obbligazioni bilaterali, fra cui precipua è quella scendente dalla compravendita, egli è costretto a riconoscere esente dal dovere di prestare la cosa il debitore che, con il fatto proprio, l'ha in buona fede distrutta o sottratta al commercio (1). Ora, qui abbiamo veramente una posizione analoga a quella del promittente. Il venditore, per es., è tenuto a far avere la cosa al compratore: ciò ch'egli fa intanto della cosa (sia pure in buona fede) dovrebbe adunque essere tutto a suo rischio: e invece il Salkowski ammette che egli non sarà perciò tenuto verso il compratore. Dov'è dunque la sua massima generale?

Io credo esser molto più vera la dottrina antica, che il primitivo « Progetto di un Codice civ. dell'Impero germanico » riassumeva al § 241 così: « Die Unmöglichkeit gilt als durch einen von dem Schuldner nicht zu vertretenden Umstand herbeigeführt, wenn sie dadurch herbeigeführt ist, dass der Schuldner sich in Ansehung des Schuldverhältnisses in einem entschuldbaren Irrthum befunden hat ». (« S'intende che l'impossibilità deriva da circostanza di cui il debitore non deve rispondere, quando essa proviene da uno scusabile errore in cui il debitore versava circa l'obbligazione »). E trovo ben giusto che nel diritto odierno, in cui la posizione dell'erede è mutata, si ritorni al diritto anteriore a Salvio Giuliano e si riassuma (qualunque sia l'avviso del valente professore di Königsberg) anche il caso dell'obbligazione *ex legato* sotto questo principio.

IX (*).

La formola del Vinnio (donde attinse, come si vide, la sua teoria il Salkowski) fu accolta dal Pothier tanto nelle « Pandectae » quanto nel « Traité des obligations » (2). Della

---

(1) Op. cit., p. 347 sg. [trad. it., p. 277 sg.].

(*) [Per quanto segue si tenga presente anche lo scritto *Sull' art. 893 del Codice civile* (*perimento della cosa legata*), ripubblicato *infra*, pp. 403-410; e *Enciclop. giur. it.*, vol. XII, parte 1a, Milano, 1900, p. 589 sg.].

(2) *Pandectae Justin.*, lib. 30-32, num. 354, 355, 361, 362, 363; e lib. 46, tit. 1, num. 106, 108; *Traité des obligations*, tom. II (éd. Paris, 1805), num. 508, p. 28, e num. 625, p. 129 sg.

qual cosa non si devono fare meraviglie, poichè è noto che il Pothier si formò soprattutto studiando il commento del Vinnio alle Istituzioni [1]. È parimenti notissimo come il « Traité des obligations » del Pothier fu la fonte quasi esclusiva della relativa parte del Codice francese. Vi si dice che, « pour que l'extinction de la chose due éteigne la dette, il faut aussi qu'elle arrive sans le fait ni la faute du débiteur, et avant qu'il ait été constitué en demeure » [2]; e vi si spiega poi accuratamente come basti il semplice fatto a perpetuare l'obbligazione, aggiungendo con il Vinnio che « le débiteur ne peut pas par son fait se libérer de son obligation », e che anzi « cette décision a lieu quand même le débiteur aurait détruit la chose avant qu'il en était débiteur », con l'immancabile citazione di D. 45, 1, 91, 2.

Ora, è assai caratteristico (a mio credere) che l'art. 1302 del « Code civil » sopprima le parole « le fait » e renda così il citato testo del Pothier: « – – si la chose a péri ou a été perdue sans la faute du débiteur et avant qu'il fût en demeure ». Che con tale modifica della formulazione i compilatori del codice francese mirassero ad escludere il perpetuarsi dell'obbligazione nei casi di assenza di colpa o di mora, appena parmi che si possa dubitare [3]. Invece troviamo conservata la formola del Pothier a proposito della obbligazione nascente dal legato di cosa certa e determinata [4]: nell'art. 1042 del « Code civil » si dice che vien meno il legato se la cosa « a péri depuis sa mort (intendasi: del testatore) sans le fait et la faute de l'héritier ».

Sorge spontanea la questione se a questa varietà di locuzione debba corrispondere una diversità di regolamento dei due casi; se, in altre parole, il Codice francese (e per conse-

---

(1) DUPIN *aîné*, nella biografia di Pothier (premessa a POTHIER, *Oeuvres*, tom. I, éd. Bruxelles, 1831, p. v), scrive: " Il étudia à fond les Institutes de Justinien et dans cette étude il s'aida principalement du Commentaire de Vinnius „ [vedi *supra*, p. 116, e *infra*, p. 405 n. 1].

(2) *Traité des obligations*, éd. cit., tom. II, num. 625, p. 129 sg.

(3) La giurisprudenza francese è invece prevalentemente nell'opinione che " l'art. 1302 doit évidemment... être complété par l'art. 1245 „ (vedi DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, XXVIII, p. 587; cfr. ZACHARIAE, *Handb. des fr. Civilr.*, II, § 332).

(4) *Pandectae*, lib. 30-32, num. 355 e 361.

guenza l'italiano, che mantiene quella diversità di espressioni, art. 1298 e 893) riproduca il principio romano di un trattamento particolare dell'obbligazione nascente da legato. A prima vista, ciò parrebbe assai probabile; ma non permette di venire facilmente a tal conclusione il fatto che l'art. 1245 Cod. civ. fr., relativo ai deterioramenti della cosa certa e determinata dedotta in obbligazione, riproduce testualmente il num. 508 del trattato del Pothier: « - - - pourvu que les détériorations qui y sont survenues ne viennent point de son fait ou de sa faute, ni de celle des personnes dont il est responsable ». E conformemente stabilisce l'art. 1247 del nostro Cod. civ.

La maggior parte dei trattatisti francesi e italiani ritiene che l'art. 1302 Cod. civ. fr. (= art. 1298 Cod. civ. it.) si possa e si debba interpretare nel senso di ammettere una perpetuazione dell'obbligazione pur nel caso che la cosa sia perita per fatto incolpevole del debitore. Così, tra i francesi: Duranton, Toullier, Aubry et Rau, Laurent, etc.; fra questi autori in cui forse tale dottrina è esposta nel modo più chiaro e deciso è il Larombière: « Il importe peu que le débiteur ait été de bonne ou de mauvaise foi dans l'inexécution de ses engagements... L'équité veut en effet que celui-là subisse le dommage qui l'a causé, de préférence au créancier qui l'a souffert, sans avoir à se reprocher ni faute ni imprudence » (1). Anche gli italiani, come dicevamo, sogliono essere della medesima opinione (2); così, la sufficienza del fatto del debitore, benchè scevro di colpa, a perpetuare l'obbligazione è affermata come indubitabile dal Chironi (3); più di ogni altro però si ferma a dimostrare tale principio il Giorgi (4). Secondo questo autore,

---

(1) *Théorie et pratique des obligations*, I (Paris, 1857), p. 524.

(2) Cfr., per esempio, PACIFICI-MAZZONI, *Codice civ. ital. commentato*, XI² (*Trattato d. success.*, VII²), Firenze, 1879, p. 230, che arriva a scrivere, a proposito dell'art. 893: " è evidente (!) che questa disposizione non è che l'applicazione del principio che regola la liberazione d'ogni debitore per il perimento della cosa dovuta ". Quale eccezione si potrebbe forse addurre il MAIERINI, *Studi intorno all'art. 933 del Cod. civ.*, in *La Legge*, XII, 1872, parte III, p. 51 e p. 78. Almeno egli considera la disposizione dell'art. 1148 Cod. civ. (= Cod. civ. fr., art. 1379) come un'applicazione di un principio generale.

(3) *La colpa contrattuale*, p. 329.

(4) *Teoria delle obbligazioni*, II², p. 18 sg., pp. 201-209.

ha carattere affatto eccezionale la disposizione degli art. 1148 e 1149 Cod. civ., la cui ragione sta « nella scusabile ignoranza del possessore » dalla quale ipotesi muove la legge. Del resto, « le moderne legislazioni hanno accettati senza esitare i precetti della sapienza romana », ossia (per parlar meglio) l'opinione del Vinnio, che egli espressamente ricorda. Ciò si prova con l'art. 893 relativo all'obbligazione di legato, con l'art. 1247 relativo ai deterioramenti del corpo certo e determinato dedotto in obbligazione, e con l'art. 1225, secondo il quale non è scusato il debitore « ove non provi che l'inadempimento o il ritardo sia derivato da una causa estranea a lui non imputabile, ancorchè non sia per sua parte intervenuta mala fede ». Ma tale dimostrazione non mi persuade. Già abbiamo visto quanto sia notevole (rispetto alla sua origine) la locuzione dell' art. 1302 Cod. civ. fr. (= art. 1298 Cod. civ. it.). Si noti che il Cod. civ. fr. all' art. 1379 usa la frase « si elle (int.: la chose) est périe ou détériorée par sa faute » in una ipotesi in cui l' atto compiuto dal debitore nella scusabile ignoranza della obbligazione esonera da ogni rendiconto. E così il legislatore accenna alla sola « colpa » agli art. 1163, 1180, 1181, 1182, 1191 Cod. civ. it. E la parola « colpa » non può certo comprendere gli atti eseguiti in ignoranza scusabile del vincolo obbligatorio: dico scusabile, poichè altrimenti l' ignoranza stessa si addebiterebbe a colpa. Nè ci deve muovere a contrario avviso la frase « fatto o colpa » usata negli art. 893 e 1247; giacchè « fatto » significa, per es., all' art. 1151 « fatto colposo », e la frase « fatto o colpa » si può benissimo interpretare così: « fatto colposo o negligenza ». E la voce « fatto » risponde al *factum* delle fonti (da cui anzi deriva) nel senso di *culpa in faciendo*. Soprattutto la genesi storica e l' uso di *factum* nelle fonti nostre paiono a me decisivi, nonostante le osservazioni che mi ha rivolto l' Unger [1]. Chiarissimo è a tale proposito l'art. 1152 Cod. civ. it.: « Ognuno è responsabile del danno che ha cagionato non solamente per un fatto proprio (l' antica *culpa in faciendo*), ma anche per propria negligenza od imprudenza ».

Può recare qualche difficoltà l' art. 1225. Si potrebbe anzitutto dire che questo dà una disposizione generale in materia

---

[1] *Handeln auf eig. Gefahr*, p. 44 n. 16.

d'inadempimento, a cui deroga parzialmente l'art. 1298 che si riferisce particolarmente alle obbligazioni *ad dandum certum corpus*. Ma meglio ancora si può osservare che la « causa estranea a lui non imputabile », di cui parla quell'articolo (¹), non va intesa in senso materiale. Il legislatore vuol dire che l'inadempimento non deve (come tale, ossia in quanto è lesione del diritto del creditore) essere riferibile neppure *in causa* alla volontà del debitore. Quindi, se il debitore trascura la necessaria diligenza per informarsi dei suoi doveri, ben si potrà dire che, se poi non li adempie (ancorchè non versi in mala fede), l'omissione è sempre imputabile a lui *in causa*. Egli si è posto volontariamente in pericolo di ledere l'altrui diritto. Ma se egli ha usato la cura che suole impiegare un uomo prudente, e tuttavia non gli vien fatto di conoscere l'esistenza dell'obbligazione, l'inadempimento non gli può venire imputato in alcun modo, e ben si può dire che esso « in quanto è tale » dipende da causa estranea alla volontà del debitore.

A me questa sembra l'unica soluzione corretta, rinunciando a discorrere con il Larombière, con il Giorgi ed altri di « colpa scusabile », di casi in cui il giudice potrà ridurre a poco o a nulla la quotità del risarcimento, etc. Tutto ciò non risolve il problema e non serve che a confondere le idee; ma prova tuttavia una cosa: vale a dire che questi scrittori sono costretti ad operare sempre con una presunzione di colpa, parendo anche a loro contrario ai principii il condannare a risarcire il danno chi senza colpa veruna lo ha provocato.

Non è punto vero che « l'equità esige che il danno venga a preferenza subìto dal debitore », nè che sia addirittura, come l'Unger vuole (²), un principio etico, che chi erra debba errare a suo danno. Tutto lo spirito del nostro diritto privato ripugna anzi a siffatti principii. È facile escogitare casi in cui sembra grave assolvere da ogni responsabilità il debitore, come è facile escogitarne altri in cui tale responsabilità sembra eccessiva. Non è con argomenti « à sensation » che i problemi giuridici

---

(¹) Noi certo non approviamo il modo troppo largo con cui il corrispondente art. 1147 del Cod. civ. franc. è inteso da taluni scrittori (per esempio, MASSÉ et VERGÉ in ZACHARIAE, *Le droit civ. fr.*, III, p. 399 n. 5). Vedi, in contrario, anche P. MALAPERT, *De la prestation des fautes* (1861), p. 326.

(²) *Handeln auf eig. Gefahr*, p. 1 sg.

vanno risolti. Deve poi considerarsi che, se l'agente ha ricavato qualche utilità dal suo atto di disposizione circa la cosa, non mancheranno ordinariamente i mezzi per costringerlo a rilasciarla al creditore.

Il primitivo « Progetto di un Codice civile per l'Impero germanico » conteneva il § 241, già riprodotto anche da noi poco addietro [1]. Ci associamo pienamente alle critiche relative alla formola di questo paragrafo, di cui anche il Salkowski discorre [2]: ma ne lodiamo il contenuto e non sappiamo neppure trovare degna di biasimo la concisa giustificazione che ne danno i « Motive », i quali in sostanza avvertono che tale norma è l'unica che armonizzi con i principii fondamentali di un diritto dal quale a base della responsabilità nei rapporti obbligatorii sia posto il concetto della colpa subbiettivamente intesa [3]. Le diverse critiche mosse alla disposizione [4] hanno avuto per effetto che nella revisione del progetto il § 241 venisse cancellato. Il Seuffert [5] ne aveva già consigliato la cancellazione, avvertendo che si trattava piuttosto di un principio dottrinale che di una norma legislativa. Appare pur chiaro dai resoconti [6] che non si è inteso di abbandonare il criterio, ma che si è omessa la disposizione esplicita perchè ritenuta evidente per se medesima, e per non dar facile materia ad equivoci.

Ad ogni modo, tolta ogni norma speciale, posto il criterio fondamentale della responsabilità per colpa, si potrà sostenere che il Codice civile per l'Impero germanico dia modo di mantenere obbligato il debitore che per fatto proprio (libero, ma non colposo) ha reso impossibile la prestazione?

---

[1] [Vedi *supra*, p. 370].

[2] Op. cit., p. 349 [trad. it., p. 278]. Cfr. GIERKE, *Der Entwurf eines BGB*, p. 30.

[3] *Motive zu dem Entwurfe eines BGB*, II, p. 45 sg.

[4] Anche da chi, come il BOLZE (in *Archiv für civ. Praxis*, 74, 1889, p. 102 sg.), non è alieno dal nostro ordine di idee.

[5] In *Beiträge z. Erläut. u. Beurth. d. Entw. eines BGB.*, XI, p. 18.

[6] *Protokolle d. Kommiss.*, II, p. 874.

Sulla differenza fra prelegato e porzione di eredità in diritto civile italiano (*).

La singolare confusione fra prelegato e porzione di eredità, fatta dal Tribunale e dalla Corte d'appello di Firenze, prova ancora una volta il gravissimo danno che nei magistrati nostri producono lo studio quasi esclusivo della giurisprudenza francese e la mancanza di cognizioni di diritto romano. La Corte di Cassazione di Firenze giudica, al contrario, benissimo: l'erede acquista tutto il prelegato a titolo particolare.

Il Bonfante, in una nota alla sentenza della Corte di Cassazione di Firenze (1), manifesta una diversa opinione, per cui, pure coincidendo nel risultato pratico con la Cassazione fiorentina, ne diverge nell'argomentazione e nel modo di considerare

(*) [In *Annuario critico di giurispr. pratica*, 2, 1890, parte I, pp. 9-10. Nota a sentenza 21 febbraio 1889 della Corte di Cassazione di Firenze, in causa Boattini-Pironti, sul punto se, dati due prelegati in favore di due eredi istituiti in parti uguali dei quali uno sia premorto al testatore, il prelegato del predefunto si accresca al superstite oppure spetti agli eredi legittimi; la sentenza decise che il prelegato spetta al coerede superstite, " a cui favore si fa luogo al diritto di accrescimento ". Vedi anche in *Giurispr. ital.*, serie III, vol. 41, 1889, parte 1ª, col. 382-386. Si tenga presente lo scritto *Contributi alla dottrina del prelegato*, ripubblicato in questo volume, *supra*, pp. 237-267; e *Pandette*, pp. 818-824].

(1) [In *Foro italiano*, vol. XIV, 1889, parte I, col. 806-809. Vedi anche in *Bullettino dell' Istituto di diritto romano*, VII, 1895, p. 197 n. 1 = *Scritti giuridici varii*, I, p. 441 n. 1, e ivi l'aggiunta a p. 666: " Il Ferrini in corrispondenze private si dichiarò convinto della giustezza delle mie obbiezioni "].

il fatto. Egli dice che, anche nel diritto civile italiano, il prelegato è un legato che onera proporzionalmente le quote di tutti i coeredi, e che pertanto esso è acquisito all'erede prelegatario *iure legati* per le porzioni che questo riceve dai coeredi, *iure hereditario* per la porzione che dovrebbe pagare a se stesso; quindi è che esso costituisce parzialmente, ma solo parzialmente, una parte integrante della quota ereditaria.

Nella presente questione il modo di considerare la cosa non ha pratica importanza (entro questi limiti); ma il principio posto dal Bonfante può, in altre fattispecie, essere di molto rilievo anche in pratica. Mi preme dunque di dichiarare che esso a me non pare accettabile.

In diritto romano, il prelegato è inizialmente valido per intero, come particolare beneficio [1]; se più tardi esso si invalida in proporzione della quota del prelegatario, quale ne è la vera ragione? La vera ragione è pur quella che per diritto romano non è concepibile che si abbia a titolo di legato ciò che già si avrebbe a titolo di erede, in forza dell'adìta eredità. Il titolo di erede è assorbente ed esclusivo. Ben si ammette che l'erede consegua a titolo di legato quanto altrimenti spetterebbe ad altri, ma non quanto già gli competerebbe, cioè la quota ereditaria cui è stato chiamato e che fu da lui adìta.

È inutile soggiungere che tutto ciò non vige più nel diritto nostro. Il concetto nostro della successione universale e particolare è affatto diverso. Il legatario acquista fin dal momento della morte del testatore il diritto (di regola, reale) alla cosa legata; l'acquisto dell'eredità dipende dall'accettazione di essa. Cronologicamente dunque i momenti dell'acquisto dei due diritti non coincidono (e in ciò siamo nella condizione del diritto romano); ma il titolo di erede per noi non si esplica nel modo esclusivo, come invece nel diritto romano avveniva. Non vedo dunque perchè non si possa dire che il prelegatario acquista a titolo singolare anche la parte rispondente alla propria quota.

Si dice che nasce « un conflitto logico dalla contraddizione di soddisfare a se stesso un debito » [2]. Ma è arbitrario

---

[1] Vedi anche la mia *Teoria dei legati e fedecommessi*, p. 203 sgg.

[2] BONFANTE, loc. cit., col. 809.

questo concetto di obbligazione. Di regola, il diritto del legatario è reale: il legatario non deve domandare che il possesso, argomento questo per ritenere che egli è già proprietario. Per ragioni di ordine, si vuole che il possesso venga domandato agli eredi; ora, un erede non può certo domandare a se stesso il possesso della propria quota: ma ciò vuol dire semplicemente ch'egli non ha bisogno di far questo, non significa che di questa quota egli non sia già proprietario, e a titolo singolare.

Se si ammettesse che il prelegato si caduca per la porzione rispondente alla quota ereditaria dell'onorato, si dovrebbero ammettere le conseguenze che la dottrina romana del prelegato logicamente da quel principio deduce, e che invece niuno per diritto nostro sostiene. Non ritengo che ciò ora si faccia *contra rationem iuris*; mi pare anzi perfettamente in armonia con l'attuale maniera di considerare gli istituti. Noi siamo troppo abituati a considerare le norme giuridiche come qualche cosa di arbitrario e di anorganico. Appunto noi non riconosciamo più quelle norme romane sul trattamento del prelegato, perchè i nostri concetti sulla istituzione in erede, sull'accettazione dell'eredità e sulla sua efficacia sono nella sostanza profondamente mutati anche quando la forma non pare alterata. È vero che il Codice civile italiano non ha una disposizione analoga a quella di parecchie legislazioni moderne [1], le quali sanciscono espressamente la validità del prelegato anche per la porzione rispondente alla quota ereditaria dell'onorato. Ma tale disposizione non è affatto necessaria; il principio si deve anzi ammettere finchè il legislatore non dispone il contrario.

Un dubbio può sorgere nella ipotesi che il diritto del legatario non possa configurarsi come reale; per es., è prelegata una *quantitas* che nell'eredità non si trova e che devesi procurare con la vendita, ovvero una cosa non appartenente al testatore. Di regola, in tali casi non avremo un prelegato in senso tecnico, giacchè intenzione del testatore sarà piuttosto quella di gravare le quote degli altri coeredi a eccezione di quella dell'onorato. E quand'anche appaia l'intenzione di non

[1] Vedi anche: *Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuches für das deutsche Reich*, § 1845 [ed ora BGB., § 2150].

onerare i coeredi oltre la proporzione della loro quota, nulla vieta che si abbia a considerare di tanto diminuita la quota ereditaria del prelegatario di quanto egli dovrebbe contribuire al pagamento del prelegato: di tanto si accrescono rispettivamente le porzioni dei coeredi, che figurano soli debitori del prelegato, assumendosi appunto il valore come indice dell' entità delle quote. Siffatta costruzione non incontra per il diritto nostro alcun ostacolo: è quella che meglio risponde al pensiero del testatore, e che giustifica il principio moderno della validità integrale del prelegato.

Sugli art. 834, 932 e 1060 del Codice civile e disposizioni connesse

(lasciti a favore di un corpo morale) (*).

Il cessato Codice napoletano del 1819 (art. 826) sanciva: « Le disposizioni tra vivi o per testamento in vantaggio.... di.... corpi morali autorizzati dal Governo non avranno effetto se non in quanto saranno autorizzate da un decreto reale ». La Corte di Cassazione di Roma deduce da questo articolo (per un legato disposto con testamento scritto quando vigevano le Leggi civili per il Regno delle Due Sicilie) che un legato fatto a favore di un corpo morale non debba stimarsi puro e semplice, ma piuttosto sotto condizione sospensiva: vale a dire, sotto la condizione dell'autorizzazione governativa.

A tale proposito, non saranno inopportune alcune considerazioni. La condizione di cui si discorre è implicita: è una condizione che si fa valere quantunque il testatore non la esprima, perchè insita nello stesso ordine giuridico vigente. Ora, tali condizioni implicite possono essere di due categorie: possono cioè risultare o dal particolare contenuto di una disposizione o dalla natura generale del negozio giuridico. Esempio di queste ultime è l'incertezza se il legatario sopravviverà al testatore e (per diritto romano) se l'erede adirà l'eredità. Tale

---

(*) [In *Annuario critico di giurispr. pratica*, 2, 1890, parte I, pp. 5-6. Nota a sentenza della Corte di Cassazione di Roma, 17 giugno 1889, in causa Finanze-Arzillotta, la quale adottò la massima: " Il legato a favore " di un corpo morale non è puro e semplice, ma sottoposto alla condizione " sospensiva dell'autorizzazione sovrana ad accettare il legato ,,].

incertezza non può costituire condizione in senso tecnico, poichè non è una modificazione implicitamente o esplicitamente apportata dal testatore alla normale esplicazione di un rapporto giuridico, ma bensì il modo di essere del negozio giuridico medesimo. Donde appare che, se anche il testatore rivestisse tale incertezza in forma di condizione, non perciò l'atto funzionerebbe come condizionale, e soprattutto non riceverebbe alcuno spostamento il *dies cedens* (cfr. D. 35, 1, 107. 36, 2, 22, 1. 36, 2, 21, 1) (1).

Molto diversi sono quegli altri casi in cui l'incertezza sgorga non dalla generale natura dei legati, ma dal contenuto proprio di un legato particolare. La incertezza qui è aggiunta dal testatore, sebbene non ne faccia espressa menzione. Per esempio: « lascio a Tizio i parti che si avranno dalla mia cavalla »; ovvero: « lascio a Tizio quello che mi pagherà Caio, obbligato solo naturalmente ». In diritto romano, tali condizioni (e cioè « se nascerà qualche parto », « se Caio pagherà » etc.) erano anticamente parificate alle esplicite (D. 35, 1, 1 pr.-3) (2). Qualche deviazione da questo principio, per cui una condizione implicita basta a sospendere il *dies cedens*, si trova adottata, per qualche specialissimo caso, da Salvio Giuliano; tuttavia Papiniano cominciò già ad insegnare (D. 36, 2, 25, 1) (3) che « dies legati, cui condicio non adscribitur, *quamvis extrinsecus exspectanda sit*, cedit ». Naturalmente, anche dopo che il diritto romano ammise che tali condizioni *extrinsecus venientes* non avessero forza di sospendere il *dies cedens*, una differenza fra esse e quelle della prima categoria rimase: e cioè, se il testatore le avesse espresse, allora esse avrebbero senz'altro operato con efficacia sospensiva (4).

Io parlo, dunque, di condizioni *extrinsecus venientes* inerenti alla stessa natura del negozio giuridico e di condizioni *extrinsecus venientes* inerenti al particolare contenuto di una disposizione. Non distinguo fra condizioni *iuris* e *facti*, nè una distinzione si deve ritenere identica all'altra. Le incertezze

---

(1) Su D. 35, 1, 19, 1 in f. cfr. DERNBURG, *Pand.*, I², p. 247 sgg.

(2) Vedi la mia *Teoria gen. dei legati e fedecommessi*, p. 355 sgg.

(3) Da questo i compilatori trassero il mal concepito D. 35, 1, 99.

(4) [Cfr. su tutto ciò *supra*, p. 342 sgg.].

della prima natura sono quelle che, per diritto romano, si lasciavano ridurre all' altra *si adeatur hereditas* [1]. Infatti, queste sole si possono dire inerenti alla stessa natura del legato. La condizione dell' autorizzazione governativa (del tipo « si Titius voluerit »), per quanto *iuris*, non appartiene a questa categoria.

La ragione della teoria papinianea è naturalmente (come soprattutto si manifesta dai casi che attirarono l' attenzione di Salvio Giuliano) quella che il testatore in tali casi non intende veramente di rendere incerto lo stesso *dies cedens*: ossia, vuole bensì che si acquisti e si trasmetta un diritto potenziale, ma non che sia potenziale l'acquisto medesimo. In questi casi, cioè, appariva particolarmente chiara un' intenzione che altrimenti ha bisogno di essere espressa. Nel diritto nostro si riconosce pure (e anzi in più larga misura) che non si differisce il *dies cedens* ove il testatore non miri a rendere potenziale lo stesso acquisto. Siamo dunque condotti a una *quaestio facti*, tanto più che a noi manca ogni presunzione legale circa le condizioni implicite.

Il fatto che il testatore non crea l' incertezza, ma la subisce perchè la trova — o nella natura delle cose o nell'ordine giuridico — fa appunto pensare ch'egli voglia a siffatta incertezza accordare la minima possibile efficacia sull' attuazione delle intenzioni proprie. Si dovrà dunque, di regola, ritenere che egli volesse creare un diritto potenziale bensì, ma trasmissibile, non dare solo origine all' acquisto potenziale.

Dovrà piuttosto considerarsi se il testatore non abbia voluto creare soltanto un beneficio *ad personam*, il che si potrà specialmente arguire dal fine in cui il beneficio stesso si compenetra; e, se questo è raggiungibile ancorchè abbia luogo la trasmissione, non vedrei perchè, in genere, questa debba essere esclusa.

---

[1] Vedi la mia *Teoria gen. dei legati e fedecommessi*, p. 354.

Sull' art. 837 del Codice civile

(legato di cosa altrui) (*).

1. Che il testatore il quale, senz' altra avvertenza, avesse legato una cosa altrui, ignorasse tale condizione della cosa e credesse per errore che questa gli appartenesse, è antichissima presunzione, risalente per lo meno all' autorità di Nerazio Prisco, ossia al tempo di Traiano (D. 31, 67, 8). Questa presunzione fu presto elevata a *praesumptio iuris* (ossia a dispensa di prova per l' erede che sostenesse appunto tale ignoranza del testatore) mercè un rescritto di Antonino Pio (Inst. 2, 20, 4) (1), e tale si mantenne anche nel diritto giustinianeo. Il legatario che non riuscisse a provare la scienza del testatore, ovvero la volontà del testatore di legare in ogni evento la cosa, non poteva esigere la prestazione del legato, reputandosi che, ove il testatore avesse conosciuto tale condizione della cosa, non l'avrebbe ordinato; poichè sogliono i testatori *legare de suo.* Un notissimo e compianto civilista italiano vede la ragione dell' inefficacia di tale lascito in ciò, che dovendosi ritenere che il testatore reputasse compresa la cosa nel suo patrimonio, e che quindi si ingannasse circa la contenenza di questo, il legato trovasi privo di oggetto, riferendosi ad una

(*) [Pubblicato in *Monitore dei tribunali,* XXXIII, 1892, pp. 461-463, sotto il titolo *Brevi note di diritto civile,* insieme con lo scritto qui appresso ripubblicato: *infra*, pp. 391-394].

(1) Cfr. la mia *Teoria gen. dei legati e fedecomm.*, p. 290 sgg. [Vedi anche Ferrini, in Glueck-Arndts, *Comment. alle Pandette,* trad. it., lib. XXX-XXXII, parte I, p. 102 contron. *a*; e *Scritti,* III, p. 467 sgg.].

porzione inesistente della sostanza del testatore. Ma è facile vedere che in siffatta spiegazione sono più gli equivoci che le parole.

2. La presunzione legale del diritto giustinianeo si mantenne nel diritto comune [1]. Veramente il diritto canonico aveva stabilito il principio della nullità radicale del legato di cosa altrui [2]; ma la legge canonica fu dalla maggior parte intesa molto restrittivamente, cercandosi di considerarla come un semplice correttivo del diritto cesareo, da ridursi alla più limitata significazione. E per vero, non senza il consenso di molti canonisti, le norme romane circa il *legatum rei alienae* continuarono ad esporsi dai trattatisti del diritto comune: e si trovarono pur riprodotte dal Pothier in quelle parti delle sue opere, donde i compilatori del codice francese trassero specialmente i materiali per regolare l'istituto dei legati [3]. Ma il legislatore francese, invece di riprodurre tali norme, abbandonò la sua guida e sancì il principio della nullità incondizionata del legato di cosa altrui (Cod. civ. fr., art. 1021). La giurisprudenza non si acquetò a tale disposizione, e (mossa sia da un sentimento di equità, di cui ora non vogliamo discutere, sia — e più ancora — dalle vive reminiscenze del diritto comune e dal fallace impiego di testi romani) si studiò di salvare il *legatum rei alienae*, almeno quando dal testamento stesso apparisse che il testatore conosceva essere d'altri la cosa legata [4]. Siffatto temperamento della giurisprudenza francese piacque al legislatore sardo, che l'accolse [5]; e dal Codice albertino passò nel nostro Codice civile (art. 837).

3. Ordinariamente s'intende che, ove il testatore non abbia nel testamento manifestato di sapere che la cosa era d'altri,

---

[1] Cfr. soprattutto MANTICA, *Tract. de coniecturis ultimor. voluntat.*, lib. IX (Venet. 1579), fol. 226 sgg.

[2] Decretal. Gregor. IX, lib. III, tit. XXVI, cap. V (*Corpus iuris canon.*, instr. Aem. Friedberg, II, col. 540), molto controverso fra gli interpreti.

[3] *Traité des testaments*, ch. IV, art. 1, § 2; *Coutumes d' Orléans: introd. au titre XVI*, sect. IV, § 1, n. 49 (= *Oeuvres*, ed. Bruxelles, 1831, IV, p. 345; VII, p. 317).

[4] Cfr. MOURLON, *Répétit. écrites*, II, p. 430.

[5] Vedi *Motivi del Codice albertino*, II, 186.

il legato resti senza effetto (¹). Le controversie concernono piuttosto il modo in cui tale manifestazione deve avvenire (²). Non mancano tuttavia conati nella giurisprudenza e nella dottrina di svincolarsi da norma così rigorosa; e, fino a un certo punto, conviene dire che di tali conati non lodevoli la colpa ricade in gran parte sul legislatore, il quale, introducendo norme nuove, ha creduto di poterle adattare nell'antico stampo di una difforme tradizione. Cito qui la notevole sentenza della Corte di Brescia in data 16 novembre 1868, riprodotta con ampie considerazioni nel « *Monitore dei tribunali* » (³). Giova riassumere brevemente il contenuto di tali considerazioni, perchè da esse più evidente risulta il lamentato difetto del Codice nostro. Il nostro Codice civile, nell'art. 837, dichiara « nullo » di regola il legato di cosa altrui; se davvero a tale espressione corrispondesse la *mens legis*, niuno dubiterebbe che dovessero escludersi le prove della contraria volontà del defunto, non esplicitamente ammesse dalla legge, giacchè tale volontà, ancorchè provata, non avrebbe efficacia. Ma non dobbiamo prendere alla lettera la voce « nullo »: il legislatore stesso dice che, se poi il testatore *ante mortem* acquista la cosa, il legato si convalida; ora, non può convalidarsi per fatto posteriore quanto era veramente nullo *ab initio*. Se pertanto il *legatum rei alienae* non è nullo in senso proprio e assoluto, la norma enunciata nell'art. 837 può solo significare non avere efficacia il legato di cosa altrui che di fronte alla certa scienza del testatore (che la cosa sia altrui); prova che si desumerà ordinariamente dal testamento, ma che potrà desumersi anche altrimenti: di modo che la prova per testamento non sarebbe che il tipo legale delle altre specie di prova.

4. La confutazione di tali avvertenze è implicita nelle osservazioni che ci accingiamo a fare sul nostro Codice. L'art. 837, dopo aver detto che è nullo il legato di cosa altrui (salva

---

(¹) Cfr. Buniva, *Successioni*, p. 228; Pacifici-Mazzoni, *Istituzioni*, III, 1, n. 124, e *Cod. civ. it. comment.*, XI² (*Tratt. d. successioni*, VII²), p. 40 sgg.

(²) Vedi, per es., Cassazione di Palermo, 8 luglio 1886 (*Foro it.*, XI, 1886, parte I, col. 1109 sg.); e vedi Chironi, *Rivista ital. p. le scienze giurid.*, IV. 1887, p. 295 sgg.

(³) Vol. X, 1869, pp. 253-256.

l'eccezione già notata, sulla quale ritorneremo), aggiunge: « Se però la cosa legata, quantunque d' altri al tempo del testamento, si trova in proprietà del testatore al tempo di sua morte, è valido il legato della medesima ».

Male ha il nostro legislatore disgiunto siffatta disposizione da quella dell'art. 841, in cui si dice che, quando il testatore ha legato una *species* come sua propria, « il legato non ha effetto se la cosa non si trova nel patrimonio del testatore al tempo della sua morte » (1). Se noi combiniamo le due disposizioni e teniamo fermo il concetto dommatico del legato, il quale è un negozio giuridico che non è perfetto nè maturo con il testamento, ma solo con la morte del testatore, arriviamo al risultato seguente (2): « È nullo il legato se la *species* legata non si trova nel patrimonio del testatore al tempo della sua morte ». Infatti, il legato fino a questo momento non si perfeziona, e gli avvenimenti che hanno luogo fra il tempo del testamento e quello della morte possono appunto impedire questo perfezionarsi. Erra il legislatore quando dice « nullo » il legato di *res aliena*: esso è anzi validissimo, se poi la cosa si acquista dal testatore; mentre viceversa è nullo il legato di cosa propria, se questa poi esce dal patrimonio del testatore. E, in sostanza, questa via ha tenuto il progetto di Codice civile dell' Impero germanico, il quale al § 1848 dispone che « il legato di cosa che il testatore ha lasciato come propria (3) è valido solo se la cosa al tempo della morte appartiene al testatore » (4). Il progetto non è del tutto commendevole nella forma usata in questo e nei vicini paragrafi: tuttavia sostanzialmente essa rappresenta il concetto vero, che il legato cioè

---

(1) La dicitura dell' art. 841 è viziosa per molti capi: ma specialmente per questo, che a tenore di tale articolo parrebbe dovesse essere inefficace il legato quando il testatore avesse lasciato come sua propria una cosa appartenente all' onerato; mentre in tal caso il legato è certamente valido (come si arguisce dalla parola " indistintamente „ usata nell'art. 838), benchè la cosa non si trovi *mortis tempore* nel patrimonio del testatore.

(2) Qui si prescinde dal caso che l' oggetto appartenga all' onerato o si acquisti da lui: cfr. num. 5.

(3) Bisogna notare che per detto Progetto è sempre valido il legato di cosa altrui quando il testatore sapesse tale condizione di essa; nè vi si stabilisce alcun limite alla libertà della prova della *scientia testatoris*.

(4) [Vedi ora BGB., § 2169].

è perfetto solo *mortis tempore*, e che è questo il momento cui si deve badare per decidere se sia o no valido. Ma noi abbiamo visto che, nonostante la errata formulazione, anche nel nostro codice l' idea fondamentale è quella : la disposizione, con cui io lascio una *res aliena*, è valida base perchè possa sorgere obbligo dell' erede e diritto del legatario, purchè io acquisti *ante mortem* la cosa.

5. Questi principii ci saranno di aiuto per risolvere talune questioni di cui non si occupa il nostro Codice civ. L' art. 838 dice che «è valido indistintamente il legato di cosa appartenente all' erede o al legatario incaricato di darla ad un terzo ». *Quid iuris*, se la cosa che appartiene all' onerato *testamenti tempore* sia uscita dal suo patrimonio *ante mortem testatoris*? Io non dubito che qui pure si dovrà concludere essere il lascito inefficace. Infatti, per il nostro legislatore il momento decisivo è quello dell' aperta successione. Le stesse ragioni, poi, per cui non si vuol costringere l' erede a riacquistare una cosa del testatore uscita dal suo patrimonio o a pagarne il prezzo di stima, militano anche nell' ipotesi nostra. E *quid iuris*, se il testatore ha legato una *species* che *testamenti tempore* apparteneva ad un terzo e *mortis tempore* si trova nel patrimonio dell' onerato? Qui per le stesse ragioni ritengo invece che il legato sia efficace. Se si accettano tali conclusioni, ognun vede come il legislatore avrebbe potuto congiungere in un solo articolo [1] le disposizioni degli art. 837, 838, 841 e dire:

« Il legato è senza effetto quando al tempo della morte del testatore la specie legata non si trovi nel suo patrimonio nè in quello dell' onerato ».

Qui si poteva aggiungere l' eccezione per il caso che, nel testamento stesso, il testatore avesse manifestato di sapere che la cosa era d' altri.

6. Il senso di questa eccezione — che (come appare dalle cose fin qui ragionate) non si può estendere oltre i confini dalla lettera indicati — è evidentemente che il legato di cosa *mortis tempore* nel dominio di un terzo è valido se il testatore esplicitamente ha voluto che l' onerato acquistasse

---

[1] Parliamo ora solo di quanto si riferisce al legato di infungibili.

per il legatario la cosa o ne pagasse il prezzo: giacchè non vuole avere altro significato l'espressa menzione fatta nel testamento che la cosa è di un terzo. Il Codice austriaco (al § 662) aveva anzi esposto l'eccezione in questa forma più razionale; gl'interpreti poi più autorevoli di tal Codice dichiarano con ragione che la formola « lego a Caio il fondo di Tizio » equivale all'altra « il mio erede acquisterà per Caio il fondo di Tizio » (1). Così scompare tutta quell'apparenza illogica che ha l'art. 837, ove si consideri come una mera restrizione di prova. La scienza dell'alienità della cosa si può provare in modo altrettanto sicuro anche diversamente; provata tale scienza, non è però ancora provata la volontà del testatore di gravare l'erede con l'obbligo dell'acquisto o del pagamento del prezzo, se tale scienza non è manifestata nel testamento. Io so benissimo, per es., che il fondo Corneliano è di Tizio; intendo però di acquistarlo e, in previsione di tale acquisto, lo lego a Sempronio. Poi muto idea, e non mi curo di acquistarlo. Che io al tempo del testamento sapessi il fondo essere di Tizio, è cosa che si potrà facilmente dimostrare; sussisteranno, per es., lettere in cui io parlo del progettato acquisto. Ma, avendo io abbandonata la volontà di comperare il fondo, si potrà ritenere con certezza che io volessi che poi tale acquisto facesse l'erede? A me non pare. Quando il testatore lega come proprio ciò che intende acquistare, e poi non acquista, non è troppo remoto il paragone con chi lega la cosa propria e poi l'abbia ad alienare.

---

(1) Cfr. UNGER, *System d. österr. allgem. Privatr.*, VI4, § 67, p. 297, n. 12.

Sull' art. 838 del Codice civile

(legato di cosa appartenente all' erede) (*).

1. È generalmente ammesso che il legatario consegua *ipso iure* il dominio della cosa legata, se questa apparteneva al testatore *mortis tempore*. *Quid* se la cosa legata appartenga invece all' erede o ad altro onerato? Si parlerà qui pure di trasmissione diretta della proprietà? L' elegante quesito, che può presentare molta importanza per la pratica, fu risolto affermativamente dalla Cassazione di Torino [1], con sentenza che cassava altra in senso contrario della Corte d' appello di Bologna.

2. I motivi della sentenza sono i seguenti. Si comprende che non passi *ipso iure* nel legatario la proprietà della cosa di un terzo legatagli (nell' ipotesi che il lascito sia valido); ma vi è una grande differenza (che appare anche dal confronto fra l' art. 837 e l' art. 838) fra il legato *rei alienae* e il legato di cosa dell' erede. Questi non può rifiutarsi a dare la cosa; il terzo non può in alcun modo essere astretto a spogliarsene.

(*) [Pubblicato in *Monitore dei tribunali*, XXXIII, 1892, pp. 463-464, sotto il titolo *Brevi note di diritto civile,* insieme con lo scritto che qui precede: *supra,* pp. 385-390].

[1] Sentenza 10 ottobre 1871, in causa Borelli ved. Migone c. Poggi, in *Monitore dei tribunali,* XIII, 1872, pp. 98-101 (l' unica che io conosca su tale argomento), la quale adottò la massima che anche del legato di cosa certa appartenente all' erede la proprietà passa *ipso iure* nel legatario dal giorno della morte del testatore, non da quello della consegna della cosa legata.

Si noti come anche in Inst. 2, 20, 4 si tratti insieme del legato di *res testatoris* e di *res heredis,* mentre poi si espone a parte il diritto singolare del legato di *res aliena.* Nè si dica che l'erede non è tenuto per i legati fuorchè in seguito alla adizione, e che questa può tardare molto tempo dopo la morte del testatore; giacchè, in qualunque tempo l'adizione abbia luogo, essa si retrotrae nei suoi effetti al giorno della morte e fin da quell'epoca s'intende avvenuta la confusione dei due patrimoni, come pure da quell'epoca può e deve credersi compiuta la traslazione *ipso iure* del dominio della cosa legata nel legatario.

Così penso di avere fedelmente riassunto le ragioni della sentenza. Dimostrerò ora brevemente che nè tale com'è addotto fu il diritto romano, cui essa crede di appoggiarsi, nè tale può essere il diritto civile nostro.

3. L'unico modo con cui nel diritto antico e classico il testatore poteva far pervenire direttamente la proprietà di un oggetto al legatario era il *legatum per vindicationem*; perchè tal legato fosse efficace, occorreva che la cosa fosse in proprietà del testatore e al tempo del testamento e a quello della morte. In seguito al senatoconsulto Neroniano, si salvava bensì il legato, ancorchè tali requisiti non concorressero, ma come legato di obbligazione, che produceva cioè solo la personale obbligazione dell'erede a prestare la cosa. Tutt'al più, se questa si trovava *mortis tempore* nel patrimonio del testatore, si riteneva esperibile un'*utilis rei vindicatio.* Successivamente, sparite le differenze formali fra i vari tipi di legato, ogni legato produsse l'azione personale ed anche l'azione reale, quando si trattasse di *species* trovantesi *mortis tempore* nel patrimonio del testatore. Così pure nel diritto giustinianeo, dove — come altrove ho dimostrato ampiamente, confermando del resto la comune opinione contro gli assalti di qualche scrittore tedesco (1) — in quanto si concede l'*actio in rem,* ci si riferisce soltanto al legato *rei testatoris*: due passi ignorati da me pubblicati (2) di giuristi coevi di Giustiniano (uno dei

(1) Cfr. la mia *Teoria gen. dei legati e fedecommessi,* p. 43 sgg.

(2) In *Bullettino dell' Istituto di diritto rom.,* III, 1890, p. 71 [= *Scritti,* I, pp. 305-306].

quali, Doroteo, membro delle commissioni compilatrici dei Digesti, del Codice e delle Istituzioni) confermano pienamente quella dimostrazione e assicurano che fu ad essa conforme la prassi del tempo di Giustiniano. Del resto, questa è (come dicevo) l'opinione generale, che rimase sempre prevalente anche nel diritto comune [1] [2].

4. E questa sentenza è l'unica che si può giustificare. Si comprende come il testatore possa disporre direttamente di una cosa del proprio patrimonio, ordinare per essa una successione particolare e trasmetterne immediatamente il dominio nel legatario; ma non si capisce come possa far tutto ciò circa una cosa altrui, fosse pure dell'erede. Non si vede come possa avvenire *ipso iure* la perdita del dominio da parte di questo in forza della volontà del testatore. Nè vale il dire che, risalendo l'effetto dell'accettazione fino al giorno in cui si è aperta la successione (art. 933 Cod. civ.), fino da quel giorno debbono stimarsi confusi i due patrimoni del testatore e dell'erede. Ad ogni modo, si dovrà concedere che tale confusione avviene *post mortem*, quando il testatore non ha più alcun potere; laddove il legato si perfeziona mentre il testatore è ancora in vita: *in supremo vitae exitu testatoris*. Se in quell'estremo momento, in cui il legato si perfeziona, la cosa non è nel patrimonio del testatore, è chiaro che il legato stesso

---

[1] Il POTHIER, *Introd. aux coutumes d' Orléans*, tit. XVI, sect. VI, art. 1 n. 75 (= *Oeuvres*, t. VII, éd. Bruxelles, 1830, p. 325) scrive: " il est évident que cette translation de propriété qu'opère l'ouverture des legs ou fideicommis ne peut avoir lieu lorsque les choses léguées n'appartenaient pas au testateur ni à l'égard des legs de choses indéterminées ou de sommes d'argent „. Cfr. *Des testaments*, chap. V, sect. II, § 2 (= ib., t. IV, p. 559): " lorsque le legs est d'un corps certain de la succession, dont le testateur était propriétaire lors de sa mort... la propriété est censée passer de plein droit... en la personne du légataire „. Sembra però che il Pothier contrapponga al *legatum rei testatoris* il solo *legatum rei alienae*: cfr. più avanti: " Il en est de même (cioè il legatario non acquista *ipso iure* il dominio), lorsque le legs est d'un corps certain, mais qui n'appartenait pas au défunt, et que l'héritier a été obligé de racheter de celui à qui il appartenait, pour le délivrer au légataire „.

[2] Quanto noi diciamo sulle *res heredis* vale *a fortiori* per gli altri onerati.

non può operare direttamente su di essa. È un attimo impercettibile di tempo, che distingue il momento in cui si matura il legato e quello cui la legge retrotrae gli effetti dell'adizione dell'eredità; ma appunto un attimo impercettibile basta a costituire le più differenti condizioni giuridiche, come a tutti è noto.

Sugli art. 862-863 del Codice civile

(acquisto del legato) (*).

La questione capitale circa l'importanza e il significato del *dies cedens* nei legati, tanto dibattuta fra i romanisti, si riflette forse inconsciamente anche in una recente sentenza della Corte di Cassazione di Torino: la quale viene a risultati buoni, ma per mezzo di argomentazioni non corrette.

Quale è il significato del *dies cedens*? E, per ripetere in altre parole la domanda medesima, che cosa importa l'art. 862 del Codice civ.? I romanisti distinguono, soprattutto oggi, fra « diritto al legato » e « diritto del legato » (ossia contenuto del legato), e affermano in maggioranza che, per effetto del *dies cedens*, al legatario si acquista e si assicura il primo, non il secondo (1). Dello stesso avviso, benchè le espressioni siano scelte meno cautamente, è pure la Corte torinese (2). La quale

---

(*) [In *Annuario critico di giurispr. pratica*, 1, 1889, parte I, pp. 301-303. Nota a sentenza 23 dicembre 1887 della Corte di Cassazione di Torino, in causa Vottero-Faggi, sul punto se, fatti più legati che in complesso eccedano l'asse ereditario, si possa operare su tutti una riduzione proporzionata senza distinguere i legati di cosa certa da quelli di quantità. Vedi in *Giurispr. ital.*, vol. XL, 1888, parte I, col. 175 sg.].

(1) Vedi Arndts, *Die Lehre von den Vermächtnissen*, III, p. 345 sg. [Glueck-Arndts, *Comment.*, lib. XXX-XXXII, parte I, trad. C. Ferrini, p. 910 sg.]; Puchta, *Pand.*[12], § 537, p. 764; Windscheid, *Pand.*, III[6], § 641, specialm. n. 5.

(2) [" L'art. 862 .... attribuisce bensì diritto di conseguire, dal giorno " dell'aperta successione, il legato, ma non ne dispone di pieno diritto il " trapasso al legatario, cui anzi imponesi di domandarne all'erede il pos- " sesso (art. 863) ". Vedi in *Giurispr. ital.* cit., col. 175].

però non argomenta bene, se vuole basarsi sull' art. 863 Cod. civ., in cui si impone al legatario di farsi cedere dall' erede il possesso della cosa legata. Niuno vedrà in ciò una ragione sufficiente per quell' opinione; contro la quale si potrebbe addurre che, per diritto nostro, al legatario compete (in via ordinaria) l' azione reale.

Io, anzi, neppure accetto l' opinione prevalente fra i romanisti attuali, e credo, per es., con il Rosshirt [1], che per il *dies cedens* il legatario acquisti il vero diritto del legato: diritto che si considera però come potenziale fino all' adizione dell'eredità. La quale sentenza non differisce dall'altra solamente per sottigliezze astratte, ma si connette con una serie di diverse opinioni sulle conseguenze pratiche soprattutto del legato di proprietà [2]. Tanto più dovrebbe ciò valere per il diritto attuale, in cui l' accettazione dell' eredità non ha più in rapporto ai legati l' importanza che aveva l' adizione per il diritto romano, e specialmente per il diritto romano classico. Il diritto romano stabilisce, per unanime confessione di tutti, che dopo l' adizione dell'eredità il legatario acquista senz' altro la proprietà, o l' altro diritto che forma il contenuto del suo legato, ove almeno per sua natura questo non abbisogni, per sorgere, di un negozio giuridico particolare. Presso noi ciò devesi credere che abbia luogo per solo effetto dell' aperta successione, e questo è il naturale significato dell' art. 862 [3].

Non era questa la via che la Corte doveva tenere. Il *dies cedens* costituisce il legatario domino della cosa certa e determinata che forma oggetto del legato (e che è nel patrimonio del testatore), o lo costituisce creditore della quantità di cose fungibili che gli è legata. In entrambi i casi il suo diritto, benchè in diverso modo, resta stabilito. Ma come resta stabilito? Nella misura che lo stato della sostanza il comporti. Se adunque più tardi si pone in sodo che i legati eccedono l'asse ereditario, non è che si riducano e si diminuiscano diritti già quesiti, ma solamente si scopre e si fa manifesto in quale

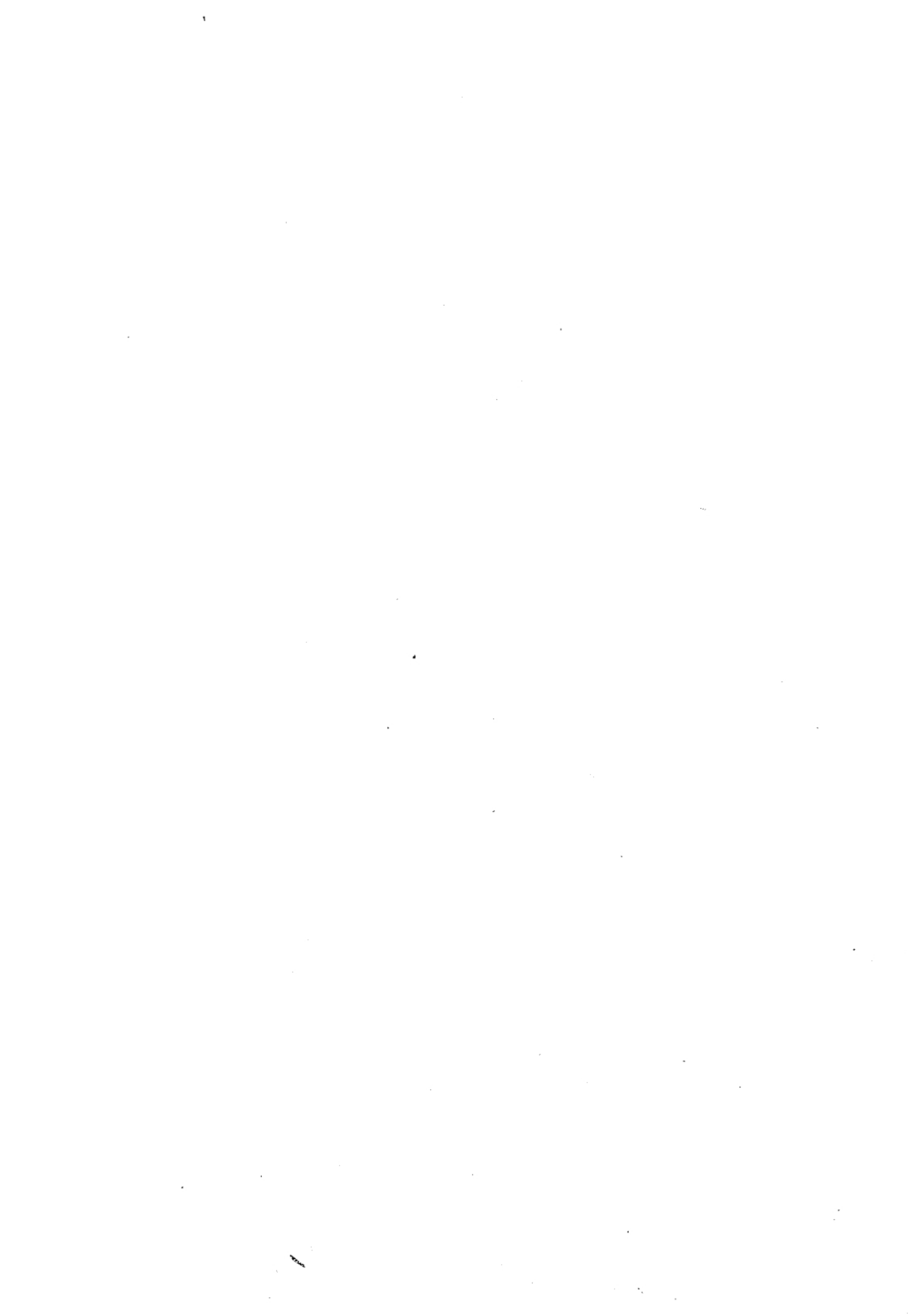
---

[1] *Die Lehre von den Vermächtnissen*, I, p. 480.

[2] Rinvio alla mia *Teoria gen. dei legati e fedecomm.*, pp. 384-395.

[3] Vedi Pacifici-Mazzoni, *Cod. civ. it. comment.*, XI² (*Tratt. d. successioni*, VII²), pp. 101-104.

misura tali diritti erano fino *ab initio* stati quesiti. Ed è pure ovvio che non ci sia motivo alcuno per distinguere fra legato di specie e legato di quantità, o per preferire il diritto di proprietà a un diritto di credito: poichè e l'uno e l'altro non potè originariamente acquistarsi che nella misura concessa dall'obbiettiva estensione del patrimonio.

Ed è da stupire che, in luogo di sì ovvie ragioni, la Corte sia andata a pescare una dottrina sul *dies cedens* per il diritto romano disputata, per il diritto attuale sicuramente non vera.

Sugli art. 864-865 del Codice Civile

(diritto ai frutti della cosa legata) (*).

L' autorità del diritto romano è senza dubbio grandissima in quelle materie del nostro diritto privato che specialmente ne derivano e vi s' informano. In modo particolare ciò va detto della materia dei legati. Ma, ahimè, che arma pericolosa è il diritto romano in mano a chi non ne conosce a fondo l' organismo e il sistema!

Anche nella sentenza 2 dicembre 1888 della Corte d' appello di Milano (1) troviamo il frequentissimo fenomeno di un uso poco cauto del diritto romano. Per provare che la rata semestrale degli affitti (29 marzo–29 settembre 1887) della casa legata dal Castellazzi, morto il giorno 3 aprile 1887, non si deve alla legataria (dedotto, s' intende, quanto proporzionalmente corrisponde al breve periodo fra il 29 marzo e il 3 aprile), come parrebbe, trattandosi di cosa fruttifera, la Corte osserva avere già il testatore percepito, secondo l' usanza, le rate anticipate, e cita quindi

D. 31, 77, 19 (Papin. 8 *respons.*): « 'Filia mea praecipiat sibique habeat volo rem matris suae': fructus, quos medio

---

(*) [Pubblicato in *Monitore dei tribunali*, XXX, 1889, pp. 465-466, come lettera al Direttore, datata " Messina, 27 maggio (1889) ", sotto il titolo: *Di una falsa applicazione del diritto romano a proposito del legato di cosa che produce frutti*].

(1) [Sentenza in causa Robbia ved. Castellazzi contro Crivelli, che adottò la massima: " Il legato di una cosa che produce frutti civili non conferisce al legatario il diritto di far propri pure quelli che, scaduti anche in via anticipata prima della morte del testatore, siano già stati da lui riscossi ". Vedi in *Monitore dei tribunali*, XXX, 1889, pp. 426-427].

tempore pater percipiet nec in separato habuit, sed - - - in suum patrimonium convertit, non videntur filiae relicti ».

Ma qui si tratta di un dubbio molto diverso. Il padre lascia per fedecommesso alla figlia la sostanza che egli ha ereditato dalla madre di lei. Si chiede: intende il padre di lasciare il puro patrimonio della moglie o anche gl' incrementi derivanti dai frutti percepiti da lui in vita (*medio tempore*)? Il giurista risponde: la soluzione dipende dal modo con cui il padre si comporta. Se egli tiene una separata amministrazione del patrimonio della moglie da lui ereditato e ne impiega man mano i frutti, senza nè consumarli a proprio vantaggio nè confonderli con gli altri redditi propri, appare evidentemente che egli vuole che tutti questi incrementi vadano a beneficio della figlia cui egli destina il patrimonio materno e ogni provento di esso. Il contrario si deve inferire, se egli o consuma a proprio vantaggio i proventi o li confonde insieme con tutti gli altri redditi propri.

Il passo quindi concerne il dubbio se il testatore abbia o no voluto lasciare alla figlia gli incrementi dei beni legati, che hanno avuto luogo durante la sua amministrazione, non già il dubbio se i frutti relativi al tempo posteriore alla morte del testatore debbansi, contro il principio generale, negarsi al legatario per essere stati da quello anticipatamente percepiti. I frutti di una cosa fruttifera si debbono al legatario *ex die mortis testatoris*, perchè da quel giorno s' intende trasferita la proprietà a lui e perchè tale attribuzione dei frutti risponde a una volontà del testatore dalla legge presunta. Ora, quella naturale conseguenza e questa presunzione ben possono essere eliminate da un fatto univoco del testatore che dimostri una volontà contraria, o almeno da un fatto che, generando una altrettanto forte verosimiglianza, consigli (nel dubbio) a propendere per la minore obbligazione dell' erede. Un fatto tale però non è la normale anticipata percezione dei canoni di locazione.

Si tratta, in sostanza, di un credito accessorio che segue la cosa legata. I principii che qui devono venire in applicazione sono quelli concernenti i crediti legati, e (in altre parole) la specie rientra nell' altra più ampia: in quali limiti la percezione dei crediti fatta dal testatore nuoce al legatario? È noto come il diritto romano distingueva fra legato e fedecom-

messo (1). Noi dobbiamo tenerci al trattamento del fedecommesso, cui il legato giustinianeo, e più ancora il nostro, si uniforma.

Ulpiano (D. 32, 11, 13) riduce assai bene la questione al vedere se la percezione fu fatta dal testatore « hoc animo, quasi vellet extinguere fideicommissum » o no. Egli trova un forte argomento per ammettere che il testatore non volesse nuocere al fedecommissario in ciò che egli non ha preteso il pagamento, ma questo gli è stato spontaneamente offerto: « maxime quia non ipse exegerat, sed debitor ultro pecuniam optulerat », come in realtà suole avvenire per gli affitti degli inquilini. Data tale condizione di cose, il giurista non si preoccupa neppure di ciò che il creditore faccia del denaro esatto: « paulatim igitur admittemus, etsi ex hac parte pecuniae rem comparaverit, quam non hoc animo exegit, ut fideicommissarium privaret fideicommisso, posse adhuc fideicommissi petitionem superesse ».

E ciò, che qui si dice del credito oggetto esclusivo del lascito, ben può ripetersi del credito accessorio all' oggetto dedotto nel lascito. Si veda come a rilento andava la giurisprudenza romana nell'ammettere la volontà di detrarre al contenuto del lascito. E' tale esempio è ben degno di essere seguito da noi, tanto più che esso è pienamente conforme allo spirito del diritto nostro.

Chi potrà poi sostenere sul serio che il fatto d' essere il testatore sopravvissuto pochi giorni al 29 marzo possa far perdere al legatario una quasi integra rata semestrale di affitti, per una presumibile intenzione del medesimo testatore? che il fatto di avere questi accettato un pagamento che non poteva rifiutare distrugga il principio per cui (comunque sogliano pagarsi) i frutti civili s' intendono maturarsi di giorno in giorno, nonchè la naturale conseguenza dell' altro principio per cui *ex die mortis* sorge il dominio del legatario sulla cosa legata?

---

(1) Vedi la mia *Teoria gen. dei legati e fedecomm.*, p. 577 sgg.

Sull' art. 893 del Codice civile

(perimento della cosa legata) (*).

1. Per il diritto romano l' idea di colpa non si concilia con l' errore scusabile. Non solo nei rapporti fra possessore e proprietario sono esenti da rendiconto *qui re sua abuti putant* (D. 5, 3, 25, 11), ma pur nel campo delle obbligazioni la colpa si reputa esclusa dall'errore scusabile, per cui taluno, credendo a torto di esercitare un diritto proprio, non si avvede di ledere invece un diritto altrui.

Una sola eccezione è fatta a questo principio; e precisamente per l' obbligazione che incombe all' erede di pagare i legati. Benchè qui pure (ove l' erede ignori l' esistenza o il contenuto del lascito) non si possa discorrere e non si discorra di colpa, tuttavia, ove l' erede con fatto proprio distrugga o deteriori la cosa legata, si ritiene che debba pagarne l' estimazione al legatario. Non si distingue se il legato sia di cosa del testatore o dell' erede stesso; il principio medesimo va quindi ammesso anche se si tratti di legato di cose di terzi che poi pervengano in mano dell' erede. Questa eccezione, che nel diritto classico si riferiva a quelle sole forme di legato che generavano una ***obligatio*** dell' erede, si generalizza nel diritto giustinianeo, in

(1) [In *Annuario critico di giurispr. pratica,* 3, 1891, parte I, pp. 331-335, e in *Monitore dei tribunali*, XXXII, 1891, pp. 121-124. Vedi anche lo studio *Sulla responsabilità dell' erede etc.*, ripubblicato *supra*, p. 353 sgg., specialmente p. 365 sgg.; nonchè in *Enciclop. giur. it.*, vol. XII, parte I (Milano, 1900), p. 589 sg.].

cui i vari tipi di legato sono scomparsi o meglio si sono fusi in una sola figura giuridica, che ha sempre per conseguenza un vincolo obbligatorio fra erede e legatario. Parlo espressamente di erede e non di altri possibili onerati, giacchè (stando al linguaggio dei testi) è da credersi che solo all'erede la norma si riferisse. La ragione di siffatto trattamento è da cercarsi nella natura peculiare di questa obbligazione, la quale (benchè interceda fra erede e legatario) riceve vita, contenuto e misura dalla volontà del testatore. E infatti, pare veramente che ripugni alla presumibile volontà del testatore che l'opera di chi deve rappresentarlo e continuare in certo modo la sua personalità, e attuarne le disposizioni, renda vano o diminuisca il beneficio destinato al legatario. È presumibilmente conforme invece a tale volontà che l'erede il quale con il fatto proprio, benchè in buona fede, s'è messo nella impossibilità di adempiere la disposizione testamentaria, supplisca con il pagamento della *aestimatio*. Le fonti parlano (a ben vedere) solo di questo; non già della integrale prestazione dell'interesse del legatario.

Basterebbe questo punto (se ce ne fosse bisogno) per escludere totalmente il pensiero che qui i giuristi romani abbiano operato con il concetto di una presunzione di colpa: concetto che, invece, si trova presso Donello: « heredes causam habent, cur cogitent potuisse defunctum et hanc rem debere et item alias omnes, aut etiam eas legare » (1). Ma come conciliare tale spiegazione con gli esempi dei testi, ove si suppone che lo stesso testatore abbia proibito all'erede di aprire i codicilli, vita sua durante? Forse che in simile caso l'erede deve reputarsi astretto a non valersi mai di niuna cosa ereditaria? Dalle fonti stesse risulta il contrario. Inoltre, se ancora si può in alcuni casi trovar non del tutto fuor di luogo simile presunzione, trattandosi di cose ereditarie, che diremo noi per la specie in cui oggetto del legato sieno le cose stesse dell'erede? (2).

Altri hanno quindi pensato a un principio generale per cui, nel pensiero dei giuristi romani, il debitore dovesse rispondere del fatto proprio, indipendentemente da ogni colpa;

---

(1) *Comment. ad tit. de v. o.*, l. 91 § 2.

(2) Cfr. pure Inst. 2, 20, 16; D. 30, 112, 1.

e questo principio (più chiaramente che in altri scrittori precedenti) si trova nel Vinnio [1]. Senonchè, appunto tale principio non fu dimostrato. I giuristi romani parlano della regola accennata trattando dei legati, e come di una regola eccezionale e propria a questo istituto; Paolo si domanda, con molto dubbio, se la regola sia applicabile alle obbligazioni nascenti da stipulazione (il cui trattamento non di rado coincide con quello della *obligatio ex testamento*), e sembra risolvere negativamente il quesito.

2. Tuttavia l'idea del Vinnio non andò perduta: infatti la ritroviamo nel Pothier; del che non dobbiamo meravigliarci, sapendo come la formazione del pensiero giuridico di questo abbia avuto copiose derivazioni dal Commentario del Vinnio alle Istituzioni [2].

Nel « Traité des obligations » il Pothier, affermando la stessa idea, coincide nella motivazione quasi letteralmente con il Vinnio; nelle « Pandectae » espone il principio non solo per i legati, ma in genere per le obbligazioni. Basti riferire dalle « Pandectae » il seguente insegnamento: « maxime autem extinguitur obligatio rei debitae interitu, nisi tamen facto culpave debitoris aut post moram eius hoc contigerit » [3]. Nel « Traité des obligations », num. 625, il Pothier si esprime, traducendosi, così: « pour que l'extinction de la chose due éteigne la dette, il faut aussi qu'elle arrive sans le fait ni la faute du débiteur, et avant qu'il ait été constitué en demeure » [4], e prosegue adducendo la motivazione del Vinnio quasi con le precise parole di questo, benchè non vi sia citato.

3. Il « Traité des obligations » del Pothier fu la fonte precipua della relativa parte del Codice civile francese; e

---

(1) *Ad Instit.* 2, 20, 16.

(2) Tolgo dalla biografia del Pothier scritta da DUPIN aîné (premessa a POTHIER, *Oeuvres*, tom. I, éd. Bruxelles, 1831, p. v) la segnente notizia: "il étudia à fond les Institutes de Justinien et dans cette étude il s'aida principalement du Commentaire de Vinnius„ [vedi *supra*, p. 116 e 371 n. 1].

(3) Lib. 46, tit. 1, num. 106, cfr. num. 108 (tom. V, ed. Paris., 1819, p. 282, cfr. p. 283); e lib. 30-32, num. 354-355 e num. 361-362 (tom. III, ed. cit., p. 109 e 110).

(4) Tom. II, éd. Paris, 1805, p. 129 sg.

anche il num. 625 passò come articolo di legge, non però in questo senza una notevole modificazione. All' art. 1302, infatti, esso dispone: « Lorsque le corps certain et déterminé, qui était l'objet de l'obligation, vient à périr, est mis hors du commerce, ou se perd de manière qu' on en ignore absolument l' existence, l' obligation est éteinte si la chose a péri ou a été perdue sans la faute du débiteur et avant qu' il fût en demeure ».

I compilatori non hanno sostituito a caso « sans la faute » a « sans le fait ni la faute ». In quel luogo il Pothier insisteva particolarmente sulla sufficienza del fatto, anche non colposo, a perpetuare l'obbligazione del creditore, e citava in prova anche D. 45, 1, 91, 2. Tutto ciò non può essere sfuggito ai compilatori del « Code civil », i quali evidentemente non volevano che un contegno subiettivamente irreprensibile del debitore potesse perpetuare l' obbligazione. La stessa cautela essi però non ebbero nel riferire nel « Code civil » il num. 508 dello stesso « Traité des obligations » [1], relativo alle deteriorazioni o ai nocumenti alla cosa dovuta. Giova il confronto fra i due testi.

Tr. des obl., num. 544: " Lorsque la dette est d' un corps certain et déterminé, la chose peut être valablement payée en quelque état qu'elle se trouve, pourvu que les détériorations, qui sont survenues depuis le contrat, ne viennent point du fait ni de la faute du débiteur, ni de celle de certaines personnes dont il est responsable ".

Code civil, art. 1245: " Le débiteur d' un corps certain et déterminé est libéré par la remise de la chose en l' état où elle se trouve lors de la livraison, pourvu que les détériorations qui y sont survenues ne viennent point de son fait ou de sa faute, ni de celle des personnes dont il est responsable - - ".

Qui, siccome il Pothier non insisteva sulla sufficienza del nudo fatto a perpetuare l' obbligazione, nè insomma si spiegava sulla natura del fatto richiesto, la formola passò immutata. Ne risultò che, mentre nel sistema del Pothier i num. 508 e 625 sono armonicamente collegati da un principio solo, nel

[1] Tom. II, ed. cit., p. 28.

« Code civil » gli art. 1245 e 1302 presentano (almeno nella locuzione) una difformità poco lodevole e poco esplicabile.

Circa i legati, troviamo nuovamente la formola del Pothier (« nisi res facto culpave eius . . . interiit »), dal « Code civil » riprodotta nell' art. 1042 cpv. : « Il en sera de même (cioè : le legs sera caduc) si elle (cioè : la chose) a peri . . . sans le fait et la faute de l' héritier ».

4. I codici derivati dal francese mantennero nei rispettivi articoli le varie locuzioni. Così rispettivamente il Cod. estense agli art. 1361, 1300, 805 ; il Codice albertino agli art. 1393, 1335, 828 : il Codice napoletano agli art. 1256, 1198, 997 ; il Codice parmense agli art. 1283, 1222, 154 ; e finalmente il vigente Codice civile italiano agli art. 1298, 1247, 893.

Le opinioni dei civilisti nostri in proposito non sono sempre molto perspicue. Del resto, tranne qualche rara eccezione [1], la maggior parte propende a ritenere che il « fatto » del debitore, ancorchè non affetto da colpa, perpetui l' obbligazione [2].

5. Il Chironi sembra procedere da una presunzione generale di colpa, che sempre sarebbe in chi, credendo di esercitare il diritto proprio, viola nel fatto il diritto altrui. E tale principio, che egli pone anche per la colpa aquiliana [3], tiene soprattutto fermo per la contrattuale [4] : « quando l' azione dipenda dal debitore, sia causata da dolo o da ignoranza, manca il caso fortuito, non includendo certo il carattere essenziale di inevitabile ».

---

[1] Fra cui mi sembra il MAIERINI, *Studi intorno all' art. 933 del Cod. civ.*, in *La Legge*, XII, 1872, parte III, p. 51 e 78: almeno egli considera il principio che informa l'art. 1148 come la regola e non come l' eccezione.

[2] Quale sia l'opinione del PACIFICI-MAZZONI, *Cod. civ. ital. commentato*, XI² (*Trattato d. success.*, VII²), p. 230, è difficile il dire. Egli trova nell' art. 893 una mera conseguenza dell' art. 1298 : " la cosa è perita senza dolo o colpa dell' erede, etc. „. Il RICCI (*Diritto civile*, III², § 370) non fa che riprodurre l' art. 893 ; invece nel vol. VI, § 457, riproducendo la disposizione dell' art. 1298, usa — a differenza del Codice — la locuzione " fatto o colpa „.

[3] *Colpa aquiliana*, II, p. 365 sgg.

[4] *Colpa contrattuale*, p. 329 ; cfr. p. 263.

Chi, per altro, più decisamente degli altri sostiene tale teoria e certamente il Giorgi [1]. Egli comincia con l'osservare che per l'art. 1225 Codice civ. si richiede, perchè sorga la figura del caso fortuito che esonera dalla responsabilità, che si tratti d'una causa estranea non imputabile all'obbligato, sicchè chi allega il caso fortuito non può sperare di averne conclusa la prova, se non esclude affatto che l'inadempimento sia derivato dal fatto proprio. Insiste poi sulla locuzione « fatto o colpa » dell'art. 893 che — almeno per il caso di deterioramenti della cosa dovuta — ritorna nell'art. 1247 (alla differente locuzione dell'art. 1298 egli non accenna); e insiste pure sulla dottrina romana, ch'egli intende alla maniera del Vinnio da lui esplicitamente citato. L'unica vera eccezione alla massima riconosce egli nel trattamento dell'obbligato *ex indebito accepto* in buona fede, secondo gli art. 1148 e 1149 del Codice civile. La ragione della eccezione sta « nella scusabile ignoranza del possessore, dalla quale ipotesi muove la legge ». Ma « con l'ipotesi del possessore di buona fede la legge ha compreso tutte quante le ipotesi possibili del debitore, il quale abbia una scusa plausibile per ignorare la sua obbligazione. Muoverebbe a riso chiunque altro allegasse per scusa l'ignoranza della sua obbligazione ».

6. Ma con questa spiegazione il Giorgi distrugge da cima a fondo la sua teoria. La legge qui non pretende il risarcimento perchè l'errore è scusabile, ossia perchè tale errore non può imputarsi a colpa dell'obbligato. Si rientra dunque nella dottrina della colpa. E, infatti, non vede il Giorgi che nei casi di chi sia obbligato a dare una cosa, ch'egli detiene, mentre ignora la sua obbligazione, sorge sempre la possibilità di una ignoranza altrettanto scusabile quanto quella di chi ha ricevuto in buona fede l'indebito? Sta benissimo che l'erede, per es., è tenuto a fare indagini per conoscere quali obblighi abbia incontrati il defunto e quali legati gli siano imposti. In questo caso diremo che, se egli si è diportato negligentemente e non ha ricercato nulla, « facti ignorantia non excusat illum, qui ex officio sibi iniuncto tenebatur perquirere ». Ma se

---

[1] Nel *Teoria delle obbligazioni*, II², pp. 201-209, cfr. p. 18 sgg.

egli ha fatto tutte le indagini che un uomo diligente suol fare, e non ha trovato nulla, e poi, *ex inopinato*, quando ha già in buona fede disposto della cosa, spunta il documento che lo illumina sull'esistenza del rapporto giuridico, grideremo ancora: *facti ignorantia non excusat illum*? « Talvolta (dice qui il Giorgi) le circostanze renderanno lievissima e forse scusabile la colpa dell'erede, e il giudice mitigherà l'obbligo del risarcimento, usando l'indulgenza che la dottrina della prestazione della colpa permetterà ». Ma questo non è il modo di risolvere le questioni giuridiche. Perchè supporre ad ogni costo la colpa, quando colpa potrebbe non esservi? E che cos'è questa colpa scusabile, che tuttavia genera obbligo di risarcimento?

Per cui: o ci convinciamo che la legge vuol colpire il fatto *sic et simpliciter* dell'obbligato (remota ogni idea di colpa), e sta bene; o non ricaviamo questa convinzione, e non potremo senza una singolare petizione di principio revocare la dottrina del fatto sotto quella della colpa.

7. Io non credo che per il nostro Codice civile il fatto spontaneo, ma scevro di colpa, del debitore debba perpetuare l'obbligazione dopo il perimento della *res certa* dovuta. Intanto l'art. 1298, che pur contiene il principio generale in materia, non fa parola che di colpa, e quanto ciò sia significante (soprattutto in riguardo all'origine dell'articolo stesso) già abbiamo avvertito. E, del resto, il legislatore, quando vuol indicare la responsabilità nascente dall'inadempimento delle obbligazioni (a cui si rannoda quella che sorge dall'impedita nascita di esse), suole accennare alla colpa (cfr. art. 1143, 1163, 1180, 1181, 1182, 1247 Cod. civ.). È vero che l'art. 1247, parlando delle deteriorazioni subìte dalla *res certa* dovuta, ammette la responsabilità del debitore per quelle provenienti « da fatto o colpa di lui o delle persone di cui deve rispondere », e che l'art. 893 usa la stessa locuzione a proposito dell'obbligazione dell'erede di prestare un legato di *res certa*. Ma qui il legislatore ha veramente voluto accennare al fatto puro e semplice, contrapposto alla colpa? O invece ha voluto con la frase « fatto o colpa » indicare complessivamente gli atti e le omissioni colpose? Io sono piuttosto di questo secondo avviso, osservando lo scambio fra le espressioni « fatto o

colpa » e « colpa » (art. 1247, 1298), e osservando che « fatto » ha spesso il senso di « fatto colposo » (art. 1151 e 1152) [1]. La più grave difficoltà sta nell'art. 1225, in cui si dice che il debitore deve rispondere dell'inadempimento e del ritardo nell'esecuzione dell'obbligazione « ove non provi che l'inadempimento o il ritardo sia derivato da una causa estranea a lui non imputabile, ancorchè non sia per sua parte intervenuta mala fede ». Non invoca una causa estranea, si dice, chi invoca il fatto proprio. Ma si rifletta anzitutto che l'art. 1225 contiene una norma generale circa l'inadempimento delle obbligazioni, mentre l'art. 1298 contiene una norma particolare per un determinato caso di inesecuzione, e che questo (ove fosse il caso) verrebbe a derogare a quello. Inoltre, occorre intendersi sul vero senso di « causa estranea a lui non imputabile ». A me pare che qui si parli di « lesione del vincolo obbligatorio, che in quanto tale non deriva, neppure in causa, dalla sua volontà ». Non può dirsi estranea la causa al debitore, se, per es., l'ignoranza stessa in cui versa può essergli addebitata a colpa, sì invece se tale ignoranza è perfettamente scusabile [2]. Qui, sostanzialmente, rientra in campo la figura del caso fortuito: in quanto che si tratta di un avvenimento che, anche usando tutta la prudenza e la cura richiesta, non si sarebbe evitato. E il § 241 del « Progetto di un Codice civile

---

[1] Si noti che nell'art. 1152 " fatto " (fatto colposo) si contrappone a negligenza e imprudenza. [Oltre quanto è ripubblicato *supra*, p. 373 sg., si può tener presente che il Ferrini ha da ultimo così formulato il proprio pensiero su questo punto: " che la parola ' fatto ' sia stata rimessa in altri articoli (come negli art. 893 e 1247) non ha molta importanza, tanto più che ' fatto ' può avere una speciale significazione di fronte a ' colpa ' (vedi anche l'art. 1151) e indicare a preferenza il ' fatto colposo ', l'' azione colposa ' (la *culpa in faciendo* per cui, soprattutto nella teoria della *stipulatio*, anche i giureconsulti romani usano la parola *factum*), in opposizione alle negligenze od omissioni colpose. - - -. A noi pare preferibile il sistema che costringe il debitore a rispondere solo della colpa e della mora, sicchè, fuori di queste ipotesi, egli si liberi prestando la *res debita*, certa e determinata, anche se guasta manchevole deteriorata, sia pure per fatto proprio ". Vedi in *Enciclop. giur. it.* cit., p. 590].

[2] Certo, non accettiamo le idee assai più libere che sul corrispondente art. 1147 del Cod. civ. franc. hanno esposto Massé et Vergé in Zachariae, *Le droit civ. fr.*, III, p. 399 n. 5. In contrario anche P. Malapert, *De la prestation des fautes* (1861) p. 326.

dell' Impero germanico », riconduce appunto un simile fatto al genere del caso fortuito [1].

8. È dunque nostro parere che, nonostante la locuzione accennata, l' art. 893 non riproduca la teoria romana circa l' ambito della responsabilità dell' erede gravato del legato di *res certa,* e che nel diritto nostro tale responsabilità si debba misurare con i criteri ordinari della colpa e della mora.

Tanto meno poi possiamo ammettere che in quell' articolo si abbia un' espressione di una teoria generale, che avrebbe esteso a tutte le obbligazioni il principio romano vigente per i legati.

---

[1] [Ed ora BGB., § 282].

Lotte antiche e recenti contro il diritto romano (*).

Del diritto romano si parla, o signori, con tendenze molto diverse: chi lo esalta e chi lo deprime; chi lo invoca come guida e luce della giurisprudenza moderna e chi lo maledice come un ostacolo alla libera esplicazione del diritto nuovo, come un' incomoda eredità del passato, che rende meno chiara e sicura la visione dei presenti bisogni e la percezione della coscienza giuridica nazionale. Come ogni cosa eccelsa, il diritto romano è segno

d' inestinguibil odio
e d' indomato amor.

Io non vengo, o signori, a trattare davanti a voi la questione in generale: io non vengo a difendere la tesi favorevole al diritto romano ed alla sua influenza, nè a vantare la superiorità del suo sistema e del suo metodo su quelli dei diritti più recenti. Che tale sia la mia convinzione profonda, non ho difficoltà a confessare; ma la dimostrazione della tesi dovrebbe (per essere veramente seria e proficua, soprattutto per essere completa) addentrarsi in molti ed ardui problemi, verificarsi con molteplici esempi, sì da formare l' argomento non di una sola lettura, ma di una serie intera di conferenze: tanto più che qui non si tratta di dare una semplice idea di siffatte controversie ad un pubblico profano, ma di esporre in tutti i

---

(*) [Conferenza tenuta in Milano il 3 marzo 1901 alla " Società italiana dei giuristi e degli economisti " (di cui il Ferrini era socio) e pubblicata in opuscolo come *Bollettino* n. 6 di detta Società, nonchè nella *Piccola Biblioteca del " Monitore dei tribunali "*, n. 54 (Milano, Società editrice libraria, 1901)].

suoi aspetti una questione delle più gravi per la legislazione la scienza e l'insegnamento del diritto davanti a così colto e competente uditorio. Il mio compito d'oggi è ben più limitato e modesto: di due lotte io intendo parlare fra le più vive e pericolose, che il diritto romano ha sostenute nel corso dei secoli; la prima è finita, e nonostante qualche apparenza la vittoria è ad esso rimasta duratura; l'altra, o signori, non è giunta ancora alla fase estrema, e, senza presumere di indovinare il futuro, basterà che, imparziali spettatori, osserviamo le vicende e prendiamo nota.

La prima lotta, di cui c'intratterremo, è quella che il diritto romano ha subìta nella sua diffusione in Oriente. Questa lotta si può definire la contesa fra il diritto romano ed il greco; poichè, sebbene il teatro di questa gigantesca tenzone non sia stata la sola Grecia, ma tutto l'Oriente romano fino al Tigri ed all'Eufrate e fino alle cateratte del Nilo, il cozzo formidabile avvenne quando in queste terre si era diffusa largamente la civiltà ellenica e con essa il diritto greco, quando sostanzialmente lo stesso diritto valeva in Atene e a Damasco, in Antiochia ed in Ermopoli o in Tebe egiziana. Come, cessate le antiche varietà dialettali, la comune lingua degli Elleni serviva al traffico ed alla cultura in tutto l'Oriente, così, composte o dimenticate le secondarie differenze locali, il diritto generale degli Elleni regolava i rapporti della vita privata per quella vasta distesa di terre e di mari. Nè tale diritto era inadeguato a còmpito così alto: umano come il popolo di cui era la spontanea creazione, ricco di forme e di figure, libero nell'applicazione, agile nelle movenze, esso doveva avere una influenza benefica specialmente nel commercio, mentre gli opportuni istituti probatorii, il largo impiego della scrittura, i pubblici archivi, gli uffici notarili avevano il vantaggio di conferire sicurezza e stabilità alle altre relazioni civili.

Per lungo tempo i romani, anche dopo avere imposto la propria supremazia politica a quelle regioni, anche dopo di averle incorporate nell'Impero, rispettarono questo già inveterato ordine di cose. Continuò l'uso del diritto greco, amministrato dai tribunali indigeni sotto l'alta sorveglianza dei governatori romani. Questo punto, notissimo del resto, trova ampia conferma in quel cumulo enorme di atti e documenti

che si vengono disseppellendo in Egitto, decifrando e pubblicando in Europa. Dotti ed accademie si son fatti promotori di ricerche e di studi su questi nuovi tesori; e ormai conosciamo con sufficiente esattezza, e talora nei più minuti dettagli, l'applicazione del diritto ellenico in quelle contrade sotto l'Impero romano. È vero però che intanto si vengono insinuando istituti e norme prese o imitate dal diritto romano: l'autorità grande di Roma, l'esempio dei cittadini romani viventi nelle provincie secondo il loro diritto patrio, l'innegabile prevalenza derivante a questo dall'avere avuto una elaborazione scientifica ed un'esatta determinazione di concetti e di forme, rendevano inevitabile tale processo. E non è senza stupore che dallo studio dei documenti giuridici egiziani dei primi due secoli dell'Impero apprendiamo, ad es., che era penetrata nell'uso non solo la compensazione romana classica con i suoi limiti ben noti, ma perfino la distinzione correlativa fra contratti di stretto diritto e contratti di buona fede: dico « contratti » e non « giudizii », poichè non si poteva trattare che di diritto materiale (1).

Tale recezione spontanea, quasi inconscia, imperfetta e in ogni caso relativa a quelle sole parti del diritto romano che non contrastavano direttamente con lo spirito del diritto ellenico, non riusciva perturbatrice. Un fatto nuovo e gravissimo fu invece la concessione della cittadinanza a tutti o quasi gli abitanti dell'Impero, sul principio del terzo secolo, per opera di Antonino Caracalla: ormai non vi hanno sostanzialmente che « cives Romani in orbe Romano », e questo importa che ognuno debba seguire il diritto romano e reggersi con esso. Così veniva d'improvviso mutato il diritto vigente nelle provincie: l'antica e secolare disciplina dei rapporti civili era messa in disparte, e solo qualche reliquia di essa, di secondaria importanza, potè mantenersi in vigore, in quanto cioè una consuetudine locale può essere compatibile con il diritto comune. Anche a questo proposito, lo studio dei documenti citati è molto istruttivo: noi assistiamo ad un mutamento repentino e profondo, sia nella forma sia nella sostanza degli

---

(1) Vedi Brassloff, *Zur Gesch. d. röm. Compensationsrecht*, nella *Ztschr. der Sav.-St.*, 21, 1900, p. 362 sgg.

atti giuridici. Le donne che vantano il *ius liberorum* non hanno più bisogno dell' assistenza del κύριος, indispensabile invece per il diritto greco [1]; l' atto assume la figura di una stipulazione redatta in iscritto o di una *epistula inter praesentes emissa* [2]; cessa l' uso di adibire un βεβαιωτής nelle comprevendite, ma si fanno esplicite promesse per l' evizione e per i vizi occulti; appaiono i debitori correali [3].

Sarebbe però una conclusione superficiale ed affrettata quella di ritenere che siffatta imposizione generale del diritto romano avvenisse facilmente, ed avvenisse senza contrasti. Le difficoltà ed i contrasti vi furono e molto gravi, dipendenti tanto dall' ignoranza dei privati e degli stessi notai e magistrati chiamati di punto in bianco ad applicare un diritto nuovo e di ardua comprensione, quanto dalla repugnanza invincibile per certi istituti romani e dall' attaccamento inveterato ad altre e diverse istituzioni nazionali.

L' applicazione integrale del diritto romano presupponeva tali e tante cognizioni, quali e quante non si potevano ragionevolmente esigere. Pensiamo, anzitutto, come taluni atti giuridici di primaria importanza (basti qui nominare il testamento) non fossero validi se non redatti in lingua latina, di cui non era certo diffusa la conoscenza nelle provincie orientali. Sarebbe come se in Lombardia prima del 1859 i testamenti non fossero stati validi se non scritti in tedesco; pensiamo infatti come consti che neppur tutti i magistrati locali conoscevano il latino, e che una parte dei vescovi radunati nel concilio efesino non comprendeva l' originale latino delle lettere mandate dal papa. A rigore pertanto, fino a Teodosio II, che dovette cedere davanti all' evidente necessità e dichiarare lecito l' uso del greco, i testamenti redatti dai provinciali in questa lingua non avrebbero dovuto avere efficacia o almeno — se muniti (come il celebre testamento di Gregorio Nazianzeno) di clausola opportuna — valere solo come codicilli fedecommissari, in modo non corrispondente all' intenzione del testatore.

---

[1] Cfr. gli esempi addotti nelle mie *Pandette,* p. 923 n. 2.

[2] Cfr., ad es., il papiro dell' a. 250 d. Cr. nelle *Mittheilungen aus der Samml. d. Pap. Erzherz. Rain.,* IV, p. 54 sg. [= CPR., I, 9].

[3] Cfr. Mitteis, *Reichsrecht u. Volksrecht,* p. 184.

Appunto la gravità di tale conseguenza fa pensare che, in pratica, si dovesse usare molta tolleranza e che, almeno nelle città minori e nelle campagne, la comune ignoranza favorisse la tacita acquiescenza di tutti gli interessati. Le forme verbali tipiche del diritto romano offrivano un altro genere di difficoltà; il diritto ellenico si reggeva tutto sulla scrittura, al punto che i provinciali di Oriente duravano fatica a concepire l'efficacia giuridica di una convenzione non redatta in iscritto, ed i giuristi e gl'imperatori romani erano costretti a ribadire frequentemente la massima opposta. Il rigore formale poi della stipulazione, così ovvio per la mente equilibrata e simmetrica dei romani, riesce poco comprensibile a quegli orientali: essi finiscono con l'immaginarsi che si tratti di un simbolo della perfezione degli atti giuridici di qualsiasi specie e appiccicano dappertutto per miglior cautela la formula stipulatoria, anche dove essa viene a creare ridicolo contrasto con il contenuto dell'atto, ad esempio in fine a un testamento (1).

La distinzione romana fra la tutela dei pupilli e la curatela dei minori offre un'altra pietra d'inciampo. I notai stessi non sembrano molto sicuri in proposito, e ad ogni buon fine accumulano le espressioni, designando taluno insieme come « tutore e curatore », cosa che doveva far rizzare i capelli sulla testa ad Ulpiano (2). Altrove troviamo nominato un curatore nel testamento (3); altrove data nel testamento come tutrice una donna, e — quel ch'è peggio — il magistrato « imperitia lapsus » conferma la designazione! (4). Una madre non dubita di aver fatto un negozio lecito e valido vendendo i propri figli (5); un altro crede di potere in base al titolo e senza aspettare sentenza di giudice procedere alla esecuzione contro

---

(1) Vedi il testamento del 235 pubblicato dal WESSELY in *Wiener Studien*, IX, 1887, p. 241 sg. [cfr. PREISIGKE, *Sammelbuch*, I, n. 5294; e WESSELY, *Textus graeci*, I, n. 35]. Cfr. pure l'atto di manumissione in CURTIUS, *Anecd. Delphica*, App. I.

(2) FOUCART-LEBAS, num. 234 *a*. Cfr. il cosiddetto Libro siro-romano, L. 7 e 34. [Ved. *Leges saeculares* ed. C. FERRINI in RICCOBONO-BAVIERA-FERRINI, *Fontes iur. rom.*, II, p. 644 e 650].

(3) C. 2, 18 (19), 6 (a: 207).

(4) D. 26, 2, 26 pr. (Papin.).

(5) C. 7, 16, 1 (imp. Anton.).

il proprio debitore, non pensando che i titoli esecutivi, comuni in diritto greco, sono stranieri al romano [1]; un altro ancora crede di potere rafforzare un contratto con lo stabilire che il debitore inadempiente, oltre tutto il resto, sia tenuto ad una multa verso l' erario [2]. La frequentissima materia della dote costituisce pure per quei provinciali facile occasione di equivoco. Per il diritto greco la dote è proprietà della moglie e il marito non ne ha che l' usufrutto; la dote costituita dal padre per la figlia, al termine del matrimonio per morte di questa, non torna al costituente, ma passa ai figli; la dote si considera come un' anticipazione ereditaria ed una tacitazione dei diritti successorii della figlia. Nel diritto romano, al contrario, la dote è durante il matrimonio proprietà del marito; non esclude la figlia dalla successione paterna, ma offre, al più, materia di collazione; la restituzione allo scioglimento del matrimonio va in linea di principio fatta all' ascendente che l' ha costituita. In quanti impacci incappasse la pratica orientale, vede subito chiunque si metta a leggere con qualche attenzione il titolo *de iure dotium* nel Codice giustinianeo, dove una serie di rescritti diretti a postulanti di nome greco è intesa a riaffermare i canoni più elementari del diritto dotale romano contro i continui errori. Qui la moglie, là il suocero vendono il fondo dotale [3]; altrove la moglie crede di sua proprietà un fondo che il marito ha acquistato con i danari dotali [4]; altrove ancora l' imperatore Alessandro Severo deve disingannare chi crede che le figlie, perchè dotate, non abbiano a partecipare alla successione intestata! [5].

Nè sempre i privati nelle provincie trovavano sicuro consiglio per opera dei giuristi locali. Chi percorre i rescritti a noi conservati riscontra purtroppo non infrequenti attestazioni della loro imperizia: « qui tibi suasit... falsum adseveravit » [6], « falso tibi persuasum est » [7], « blanditus tibi est qui... persua-

---

[1] Ad es. C. 2, 16 (17), 1 (a. 278).
[2] Cfr. D. 4, 8, 42 (Papin.), e Mitteis, op. cit., p. 525 sgg.
[3] C. 5, 12, 17; 22; 23 (tutte dell' a. 294).
[4] c. 12 ibid. (a. 293).
[5] C. 6, 58, 1 (a. 223).
[6] C. 2, 4, 39 (a. 294).
[7] C. 4, 52, 3 (Dicl.).

sit » (1), o anche « avresti saputo, se ti fossi diretto a persona più esperta » (2); e così via. Talora si rivolgono ai giureconsulti più rinomati e invocano fin da Roma lumi e pareri, ovvero implorano un rescritto dalla cancelleria imperiale. Ma avviene pure che responsi e rescritti o riescano strani e inaspettati o non siano compresi, sicchè debba il principe o confermare il consulto di giuristi « non contemnendae auctoritatis » (3) o rinnovare in termini più chiari la decisione (4).

Se però l'unico ostacolo alla vittoria del diritto romano in Oriente fosse stata l'ignoranza dei provinciali e l'impreparazione dei loro giuristi, essa non sarebbe riuscita troppo difficile. L'istituzione di buone scuole, come quella di Berito, la posteriore abolizione delle scuole cattive, la più rigorosa determinazione dei requisiti per l'esercizio della professione legale sarebbero bastati ad eliminare gradatamente gl'inconvenienti maggiori, purchè si usasse molta tolleranza rispetto all'uso della lingua greca. Ben più grave era l'opposizione che incontrava il diritto romano per l'antipatia che parecchi istituti di molta rilevanza trovavano in popoli che avevano una contraria tradizione secolare.

La *patria potestas* romana nella sua pienezza e nella sua perpetuità contrastava allo spirito del diritto greco non meno che a quello del diritto moderno. « Nessun popolo », aveva già notato Gaio, « ha della patria potestà il concetto che abbiamo noi romani » (5). Non dobbiamo quindi stupirci se la relativa disciplina è in quelle provincie accolta più di nome che di fatto. Soprattutto l'incapacità patrimoniale del *filiusfamilias* non si perviene ad ammettere: si parla invece come s'egli fosse capace di possesso e di proprietà, si arriva a riconoscere efficace una donazione fatta dal *paterfamilias* al figlio in potestà (6), a questo si attribuisce senz'altro l'acquisto di ere-

---

(1) C. 8, 40, 12 (a. 230).

(2) C. 7, 14, 3 (imp. Phil.): " ... si cum peritioribus tractatum habuisses, facile cognosceres ".

(3) C. 3, 42, 5 (a. 239).

(4) Vat. fr. 282 (a. 286).

(5) Gai. 1, 55. L'opinione comune attribuisce queste parole ad Adriano; ma non si è osservato che " nec me praeterit " è forma tipica gaiana.

(6) Tracce nel Libro siro-rom., L. 24 [ved. *Leges saec.* cit., p. 648].

dità e di legati (1). Il vincolo è quindi assai meno forte di quello che le norme del diritto romano concedano: donde anche la facilità di risolverlo con la semplice abdicazione di greca origine. Invano protestano i principi che questa è una usurpazione, la quale « Romanis legibus non comprobatur » (2): l' uso continua, a quanto pare, imperturbato (3).

L' istituto dell' adozione non si accoglie nel suo vero significato e nella sua efficacia: esso si considera non come un mezzo per fondare un diritto di patria potestà, ma come costitutivo di un rapporto di semplice protezione e di affetto; donde la tendenza a concedere pure alle donne la facoltà di adottare, donde la forma ripugnantissima alle idee romane dell' « affratellamento » o adozione in fratello. Anche la disciplina del matrimonio romano ha trovato grande contraddizione là dove erano antichissime usanze il matrimonio temporaneo e condizionale, il matrimonio fra stretti congiunti, il levirato (4).

Nei diritti ellenici era meno energico il diritto di potestà dominicale, e giuridicamente meno grave la condizione dei servi; era più facile tanto il creare quanto l'estinguere questo rapporto. Ciò spiega come fossero ammessi procedimenti come la volontaria dedizione o la cessione dei figli in servitù, contro cui ripetutamente proclamano i principi (ma pare anche qui con poco profitto) che si tratta non solo di atti nulli ed illeciti, ma di veri e propri delitti (5). Grande era invece la libertà delle forme per la liberazione degli schiavi; le varie categorie romane di liberti, la loro diversa capacità giuridica, erano enigmi intollerabili per gli orientali, che non le riconobbero affatto, come ci è positivamente attestato (6).

Potrei continuare, o signori, e addurre molti altri esempi che attestano questa opposizione; ma temo di abusare della vostra paziente cortesia. Mi limiterò quindi a citare il più notevole, quello che concerne la successione intestata. Quanto

---

(1) Ibid. 54 (vedi *Leg. saec.* cit., p. 654).

(2) C. 8, 46, 6 (a. 288).

(3) Libro siro-rom., L. 58 [vedi *Leg. saec.* cit., p. 655].

(4) C. 5, 5, 8 (a. 470). Coll. 6, 1, 1 sq. Cfr. MITTEIS, op. cit, p. 224 sg.

(5) C. 7, 16, 1 (imp. Anton.). 3, 15, 2 (a. 294). 2, 4, 26 (a. 294). 4, 10, 12 (a. 294), etc.

(6) C. 7, 6, 1.

fossero in proposito aliene le idee dei greci da quelle dei romani, tutti ben sanno; quanta difficoltà trovasse l'applicazione pura e semplice del sistema romano in Oriente, provano le continue ingiunzioni all'uopo dirette dagl'imperatori.

Quale fu, di fronte a questa attitudine parzialmente ostile della prassi orientale, il contegno del governo romano? Nel primo secolo dopo la costituzione antonina esso crede suo dovere d'insistere perchè il diritto romano si applichi come sta, senza riguardo veruno a storici precedenti. L'unica stregua, a cui si esaminano le questioni, è quella della conformità al diritto romano puro. Diocleziano e Massimiano, in coerenza con tutto il loro piano politico e sociale, insistono senza posa sulla necessità per i provinciali di Oriente di osservare pienamente le regole del diritto di Roma, e biasimano e minacciano e puniscono senza tentennamenti nè esitazioni. Ma la stessa forza delle cose non permise di continuare in questa intransigente difesa del romanesimo puro. Il centro di gravità dell'Impero si veniva trasferendo verso l'Oriente; e in Oriente sorgeva, maestosa per edifizi, incantevole per posizione, fin da principio popolosa, la nuova capitale. Costantino, veramente grande e acuto uomo di Stato, comprende le esigenze nuove. Le tendenze della prassi orientale egli non considera come « errori », come « riprovevoli usanze », per il solo fatto che non si accordano con il diritto quiritario: egli è disposto ad esaminare, a vagliare, ad accogliere anche largamente quello che si può trovare di opportuno e di buono. Come in altre, ed anche in più importanti cose, egli non ha difficoltà a respingere la tradizione, ad aprire vie e tempi nuovi. Se rimprovero è da fare, si è che Costantino fu persin troppo corrivo ad accogliere elementi greci, modificando e innovando: tanto che non tutte le sue riforme poterono essere mantenute. Il riconoscimento nel marito della qualità di tutore (κύριος) della moglie (1), le disposizioni favorevoli alla libertà dell'interesse nel senso del diritto greco (2), l'intervento dei confinanti nella compravendita dei fondi (3), le nuove forme di manumissione

(1) C. Th. 3, 1, 3 (a. 362).
(2) C. Th. 2, 33, 1 (a. 325).
(3) C. Th. 3, 1, 2, 1 (a. 337).

dei servi [1], e soprattutto il riconoscimento della proprietà dei figli sui *bona adventicia* (con che veniva rinnegata l'essenza della patria potestà romana) e l'inibita alienazione dei *bona materna* da parte del padre vedovo [2] provano chiaramente quale fosse l'indirizzo suo. Questo fu in sostanza seguìto dai suoi successori, fatta eccezione di Giuliano, qui come altrove sognatore d'impossibili restaurazioni [3]. La più larga e liberale accettazione di elementi greci, saviamente contemperati con quelli romani, la cernita più prudente fra quello che vi era di universale e di duraturo e quello che rispondeva solo a bisogni locali e transitorii, è merito insigne di Giustiniano, che non poche volte dal contrasto fra i due diritti tolse argomento di geniali e importantissime riforme e che — accogliendo nella sua grande compilazione l'eredità, che gli pareva ancora accettabile e che accettava riverente, del passato, e la molteplice serie delle sue innovazioni spesso feconde — diede tutto quello che i tempi comportavano, più di quello che sembrassero comportare.

Il diritto romano aveva vinto. Ben aveva dovuto abbandonare istituti fondamentali e accogliere concetti e tendenze straniere; ma le aveva assimilate nella poderosa unità del proprio sistema, e svestendo così le reliquie dell'angusto carattere nazionale e diventando, sia pure a costo della semplicità e dell'eleganza delle costruzioni, più libero nell'applicazione e più umano nel contenuto, si rendeva atto a conservarsi norma ed esempio per i popoli dell'avvenire. Regge ancora, o signori, il diritto romano le terre greche ridivenute libere dopo secoli di obbrobrioso servaggio, e ridonato all'Occidente, dov'era nato e cresciuto e donde s'era così meravigliosamente diffuso, regge ancora più o meno direttamente i rapporti di quasi tutti i popoli civili.

Non è completa così l'esposizione di tali vicende.

La compilazione del *Corpus iuris* e la riforma rigorosa delle scuole giuridiche tolsero nella maggior parte delle pro-

---

[1] C. Th. 4, 8, 6 (a. 323). Vedi però le mie *Pandette*, p. 71 n. 2.
[2] C. Th. 8, 18, 1 (a. 319); 3 (a. 334).
[3] Cfr. ad es. C. Th. 3, 1, 3 (a. 362).

vincie orientali le divergenze e le oscillazioni della pratica e unificarono il trattamento del diritto. Ma nelle più lontane provincie, come risulta dalle stesse Novelle giustinianee contro gli Armeni, il *Corpus iuris* non trovava accesso: alcune parti, e soprattutto la disciplina delle successioni legittime, non si volevano accettare. Sulle insistenze del governo bizantino prevalse la tenacia delle consuetudini locali: il *Corpus iuris* rimase alla porta. In sua vece come regola della vita giuridica fu adibito un libretto curioso, le cui origini sono misteriose per noi e risalgono ad alcuni anni avanti il regno di Giustiniano. Esso espone il diritto romano con poca precisione e poco ordine, qua e là mescolato a reminiscenze di diritto locale: dal diritto romano si distacca completamente in materia di successioni intestate. Questo libretto era stato compilato in greco; ma o ai tempi stessi di Giustiniano o poco dopo viene tradotto in siriaco e quindi in arabo ed in armeno. Come tien testa al *Corpus iuris,* tiene poi testa al Corano e si mantiene come codice per i sudditi cristiani in quelle provincie dell'Asia sotto i Turchi. Quel libretto ha passato anche il Caucaso e da molti e molti secoli s'è fissato, tradotto nel linguaggio locale, fra le popolazioni della Grusia; e faceva parte anche del *privilegium Armeniacum* concesso dai re di Polonia ai loro sudditi armeni.

E non basta ancora.

Chi consulti il codice degli Abissini, il Fetha Nagast, pubblicato per incarico del governo italiano nell'originale etiopico e in versione italiana dal nostro Guidi, troverà con meraviglia moltissime norme di puro diritto romano. Per tacere di varie importanti regole di diritto di famiglia e di diritto successorio, noterò come la materia delle obbligazioni, la graduazione della responsabilità nei singoli rapporti rispecchi in misura cospicua il diritto romano. Può fare a noi meraviglia che quel popolo semibarbaro, con il quale gli avvenimenti ci hanno fatto fare più vicina conoscenza, abbia un diritto scritto (quale sia il diritto realmente applicato, confesso di non sapere) molto simile in notevole parte al romano e quindi a quello del nostro codice civile. La ragione immediata è questa. Il libro succitato servì alla compilazione di un nomocanone arabo fatto in Egitto, da cui il « libro dei Re » degli Abissini è derivato.

Vedete adunque, o signori, come in quelle numerose provincie dell' Oriente, anche dopo che furono avulse dall' Impero, continuò a reggere il diritto romano, e come questo siasi affermato anche in terre, quale l'Abissinia, dove le armi romane non erano penetrate mai. Ed oggi tuttavia in quella regione fatale, dove si potè esultare di avere umiliato il nome italiano, si ubbidisce inconsciamente alla norma che nei tempi della sua gloria Roma ha dettato: ed è una costituzione di principe, una clausola dell' Editto pretorio, un responso di un giureconsulto insigne la fonte delle regole che si tramandano con venerazione nel sacro testo della sapienza ecclesiastica e civile.

Passiamo ora a dire dell' altra lotta gagliarda che il diritto romano ha sostenuto e sostiene tutcora in Europa.

Come al mondo greco nell' antichità, il diritto romano si è imposto sulla fine del Medio Evo al mondo germanico. Nulla di più straordinario di questa recezione, a cui contribuirono diverse ragioni, ma non ordine di principe nè voto di assemblea legislativa. Poichè il riconoscimento indiretto del diritto romano come norma per il Supremo Tribunale dell' Impero, che si era costituito sullo scorcio del secolo XV, non interveniva che a procedimento compiuto quando il diritto romano s' era già affermato signore, al punto da eliminare gradatamente le magistrature popolari che non erano capaci di applicarlo. Le vicende di quella recezione sembrano a noi moderni « piuttosto novella che storia »; certamente la connessione fra il diritto romano e l' Impero di Roma, che si credeva restaurato sotto lo scettro dei sovrani tedeschi, ed il rapporto intimo fra il diritto romano ed il canonico, che veniva promulgato per la cristianità intera, contribuirono a fare accettare nel suo complesso un diritto così remoto dalle idee e dalle abitudini nazionali. Ma chi ben rifletta vedrà che più di queste cause estrinseche dovette operare un altro impulso: un diritto semibarbaro, non formulato nettamente nè determinato, non poteva resistere all' influenza di un diritto altamente civile, chiaramente fissato nella terminologia e nei concetti fondamentali, elevato alla dignità di sistema. Questo non è che uno degli aspetti di quella trasformazione per cui le fiere popolazioni germaniche si dirozzarono per effetto della bene-

fica civiltà latina; e quegli antichi e quei moderni tedeschi, che non si vergognano di chiamare la recezione del diritto romano una sventura nazionale, sono, oltre che poco riconoscenti, non cauti estimatori dei grandi fatti della storia. Il diritto non era che una delle multiformi manifestazioni della vita e della cultura: non è possibile che un popolo incolto e rude, com' era il germanico al momento del suo incontro con il romano, ne assorbisse tutta la vita e tutto il pensiero, senza appropriarsi anche il diritto correlativo; che questa appropriazione fosse l' ultima, quando cioè erano già stati comunicati gli altri elementi di civiltà formanti il presupposto di esso, e quando insomma i tempi erano maturi, non è che naturale. Comprende ben poco chi ascrive queste potenti trasformazioni all' arbitrio dei singoli o all' invadenza dei dottori, e non vede l' inevitabile incalzar degli eventi: *fata trahunt.*

Non voglio dire con questo che il movimento inevitabile e — checchè si dica — altamente salutare non si sarebbe potuto meglio regolare e disporre: soprattutto rendere più graduale ed uniforme, impedendo gravi ed ingiuste lesioni di interessi (come, ad es., nel caso di chi si vedeva in appellatorio applicato un diritto diverso da quello con cui gli scabini avevano giudicato in prima istanza) e troppo rapide modificazioni di istituti fondamentali. Sarebbe stato anche opportuno decidere quali parti del diritto romano non si dovessero intendere ricevute in Germania, e non lasciare su punti così gravi i cittadini nell' incertezza. Sicchè, nonostante la diversità delle cause e dei mezzi, la condizione del diritto romano in Germania nel secolo XIV somiglia a quella che essa aveva avuto in Oriente dopo la costituzione antoniniana.

L' opposizione al diritto romano fu quindi viva specialmente dove era più forte il distacco dalle consuetudini nazionali e dove pesava l' improba fatica d' imparare un così vasto e complicato ordinamento, per di più nella lingua latina. Ma essa va acquetandosi sia per l' aumentata diffusione della cultura, sia per l' esperimentata bontà di molti istituti prima malvisti e paventati, sia da ultimo per i temperamenti che la prassi o le leggi avevano opportunamente introdotti. Bisogna venire fino al termine del secolo XVII e al principio del XVIII per trovare un' opposizione degna veramente di nota: la scuola di diritto naturale reagisce talora molto vivacemente

contro il diritto romano, esalta il diritto germanico come più rispondente ai dettami della natura, invoca nuove codificazioni fondate su principii nazionali. Nella seconda metà del secolo vennero le codificazioni nei singoli Stati, con poco profitto però e soprattutto con molto minore deviazione dal diritto romano di quanto si era atteso e profetato. Elemento precipuo del diritto comune il diritto romano rimaneva ancora. E sul principio del secolo XIX, quando il distacco completo dal diritto romano, la riabilitazione del diritto germanico, la codificazione di un diritto unico sembravano rispondere alle esigenze del momento politico e soprattutto all' ideale dell' unità e della resurrezione del popolo tedesco umiliato nelle guerre napoleoniche, la parola cauta ma pur viva di Carlo Federico Savigny richiamava i compatrioti alla realtà delle cose. Richiamava cioè la grandezza e la difficoltà del lavoro di codificazione e la impreparazione del paese, nonchè gl' inconvenienti, insuperabilmente formulati da lui, di queste cristallizzazioni del diritto; richiamava pure al pensiero come il diritto romano fosse diventato, insieme con gli altri fattori della civiltà latina, carne e sangue del popolo tedesco ed elemento della sua vita: miglior consiglio esser quello d' indagare accuratamente l'origine e le vicende storiche degli istituti, rettificare quello che gli errori e l' imperizia avevano perturbato, eliminare quello che più non poteva considerarsi vitale. Più che le parole poterono i fatti: e quando uscirono i primi volumi del « *Sistema del diritto romano attuale* », dove la sapiente considerazione storica si dimostrava ottima guida al criterio dommatico e in mirabile esposizione si porgevano norme opportune ai rapporti di un popolo altamente civile, lo stupore e l' ammirazione furono universali e le antiche querele contro il diritto romano e i voti ardenti per nuove codificazioni furono soltanto scusati come frutto di nobile sentimento di patriottismo. Vennero poi le stupende « Pandette » del Puchta, così comode per i pratici, a confermare il risultato. E, già prima, dalle biblioteche italiane si erano tratti in luce monumenti del puro diritto romano anteriori a Giustiniano: la meravigliosa eleganza del sistema, la precisione ed il rigore della forma, l' acutezza portentosa del ragionamento, la superiorità incontrastabile sulla produzione moderna parevano una rivelazione: lungi dal combattere il diritto romano si pensava se fosse possibile ritornare all'al-

tezza di quello. La lotta pareva finita. Il Vangerow pubblicava le sue « *Pandette* » premettendo che delle controversie tanto agitate sul principio del secolo non restava che il ricordo: la persuasione si era fatta comune.

> Oh degli intenti umani
> antiveder bugiardo!

Non era pur sceso nella tomba l'insigne pandettista d'Idelberga, che la lotta divampava ancora. Le grandi vittorie della Prussia e poi della Germania, l'instaurazione del nuovo impero, gli incrementi dell'industria, dell'arte, della cultura hanno risvegliato in quel popolo il desiderio (senza dubbio legittimo) della propria indipendenza giuridica, della propria unità legislativa. Le antiche controversie furono riesumate: gli argomenti dei germanisti e della scuola di diritto naturale, quelli del Thibaut e della scuola antisavignyana furono rimessi a nuovo; il diritto romano fu criticato spietatamente da chi non lo conosceva, da chi lo conosceva proclamato un diritto alto e poderoso, ma non termine insuperabile: si volle che il nuovo motto dovesse essere: « attraverso il diritto romano, al di là del diritto romano ».

Io non vi tedierò, o signori, con l'esposizione di cose a tutti note: vennero i codici, venne da ultimo — ed è da un anno in vigore — anche il « Codice civile per l'Impero germanico ». Col 1° gennaio del 1900 cessò l'impero diretto del diritto romano in Germania e s'inaugurò l'applicazione di un diritto proprio anche nei rapporti civili.

È stato vinto il diritto romano?

Osserviamo le cose più da vicino.

Quando uscì il primo « Progetto di un Codice civile germanico », con gioia gli uni, con scandalo gli altri notavano come esso fosse in grandissima parte formato di materiali romani: con frase esagerata ma significativa, fu detto che erano state ridotte in articoli le « *Pandette* » del Windscheid. Le critiche furono numerose e, sebbene molte si riferissero alla forma ed alla tecnica legislativa, non mancarono quelle relative alla sostanza; ed insieme ad alcune che rimproveravano non la parte data al diritto romano, ma l'accoglimento prematuro di teorie di moderni pandettisti, altre e più fiere partivano dai

germanisti di professione: essi osservavano che troppo esigua era la parte concessa all'elemento nazionale, e che al diritto romano era stata fatta la parte del leone. Non avevano, io credo, tutti i torti. L'occasione era troppo favorevole per eliminare tutte quelle figure romanistiche che non erano state perfettamente assimilate, e per dare piena efficacia a quelle speciali figure del diritto germanico che avevano resistito alla diffusione del diritto romano, conservandosi negli statuti, nelle consuetudini, nelle legislazioni particolari. E per vero il Codice definitivo, i cui compilatori poterono far tesoro di tutte le osservazioni e discussioni durate parecchi anni, uscì non solo fortemente migliorato nella tecnica e nella terminologia studiatamente germanica, ma anche molto più saturo di elemento tedesco, o creduto tale, che non fosse il Progetto primitivo, sebbene non si possa negare che esso risenta in modo cospicuo l'influenza romana. Si può affermare anzi, senza timore, che chi non conosca il movimento romanistico di questo secolo in Germania non è in grado di capire interamente quella legislazione.

Del resto, non sarà male avvertire come a noi, che siamo estranei ai partiti che si contesero il campo, parecchie delle pretese innovazioni germaniche non paiano molto felici. Noterò, fra i molteplici, due esempi di cui si è occupata la scuola italiana: l'uno dimostrerà come sia pericoloso abbandonare certi principii che il diritto romano aveva fissati non a capriccio, ma per la chiara visione delle cose confortata dalla diuturna esperienza; l'altro come si possa riprodurre il diritto romano, credendo di essersene allontanati e di avere fatto una grande riforma.

Uno dei punti tradizionali di divergenza fra il diritto romano e il germanico è per i trattatisti quello del contratto a favore di un terzo. Com'è noto, per il diritto romano (salva una serie di eccezioni nel diritto nuovo) la regola è che « alteri stipulari nemo potest »; e quindi, in via di principio, un simile contratto è nullo. Il nostro Codice civile sostanzialmente si aggira nell'orbita del diritto giustinianeo, come veniva interpretato sulla fine del secolo XVIII. Si afferma invece che per diritto germanico valga il contratto a favore del terzo, e valga nel senso che il terzo stesso ne derivi diritto

ed azione (1). Non è però illegittimo il dubbio che questa massima non sia veramente contenuta nel diritto germanico, ma sia frutto della tendenza dei germanisti alle astrazioni ed alle teorie sistematiche. Infatti il genuino diritto germanico è tanto poco suscettibile di simili concezioni generali, che non ha neppure l'idea netta del contratto: esso confonde contratto e promessa unilaterale (2). So bene che si è voluto scorgere anche qui una prova della superiorità etica del diritto germanico, che teneva tanto in pregio la parola data da vincolare l'uomo all'osservanza delle stesse semplici pollicitazioni: « ein Mann ein Wort » (3). Ma il romanista, il quale ricorda come anche nel primitivo diritto di Roma le obbligazioni scendessero da affermazioni unilaterali, e ricorda come prima siansi ammessi pochi tipi di contratto e come al riconoscimento ed alla teoria del contratto non si sia giunti che lentamente, faticosamente e tardi, trova in tutto ciò il carattere di un diritto ancora immaturo ed involuto, che si ferma al simbolo ed alla manifestazione esteriore e non penetra nel significato sostanziale degli atti umani (4). Il diritto germanico, che mancava della chiara notizia del contratto, poteva dunque affermare la regola della validità del contratto a favore di un terzo? Se noi osserviamo senza preconcetti, troviamo che nel diritto germanico esistevano ed esistono certi istituti (come le cessioni di patrimonio eseguite dal capo di famiglia ad un discendente con patto a favore dei fratelli) che non entrano nel sistema contrattuale romano (5). Da ciò però ad ammettere un principio generale ci corre, e molto; il romanista che ricorda le antiche convenzioni fra disponente e *familiae emptor* nella *familiae mancipatio* trova elementi simili anche nel vetusto diritto romano. Si aggiungono certi istituti moderni, che non vi è una ragione speciale di riannodare al diritto tedesco, come l'iscrizione in una cassa pensioni a favore della vedova, l'assicu-

---

(1) Behrend, *Das deutsche Privatrecht*. § 59.

(2) Behrend, op. cit., § 58.

(3) Si allude ai noti lavori del Siegel e del Hoffmann.

(4) Poichè, a ben vedere, si tratta di solito di particolari affermazioni solenni.

(5) Cfr. Pacchioni, *Contratti a favore di terzi* (Innsbruck, 1898), p. 94 [2ª ediz., Milano, 1912, p. 93].

razione sulla vita a favore di un terzo, l'acquisto di un'azienda, dove un terzo deriva diritti da convenzioni a cui è rimasto estraneo. Taccio del contratto di trasporto, perchè qui con una via un po' artificiosa il diritto romano arriva al medesimo risultato.

Furono ciechi quei romanisti, che per adesione ad un sistema formalistico e neppure ben compreso hanno ostacolato il riconoscimento o il regolamento di simili istituti, di cui la vita moderna non può fare a meno; di qui si formò l'opinione che a salvare l'umanità dagli artigli del diritto romano occorresse lo spirito del diritto germanico. Ma ebbero torto anche coloro che, per salvare questi e simili rapporti costruirono la figura e la dottrina generale del contratto a favore del terzo. Essi non hanno veduto che qui la convenzione non è che un elemento di un negozio giuridico molto complesso e che gli effetti a favore del terzo non derivano tanto dalla volontà insita nel patto, quanto dalla funzione obbiettiva dell'intero apparato, il quale del resto opera indipendentemente dalla circostanza che le parti abbiano avuto una visione chiara e precisa degli effetti. « L'analisi moderna ha isolato l'elemento contrattuale, che pur esiste in tali organismi, dall'elemento sociale che li ricopre e compenetra e dà loro polpa e vita » (1). Così si è generalizzato quello che non si doveva; si è innovato oltre il necessario, creando figure di cui la vita non ha bisogno e che non potranno che essere causa di perturbazioni e di continue incertezze, e si è data a fatti pur esistenti importanza maggiore di quella che ad essi appartenga.

Io non esagero, o signori: a prova di quanto assevero potrei leggervi, se non temessi di prolungar troppo il mio discorso, gli articoli del Codice germanico, che pure ha di molto migliorato quanto si conteneva nel Progetto. Pensate, del resto: in un accenno, un'allusione che si trova in un contratto, si deve o no riconoscere un patto a favore di un terzo? Risponde il Codice: « è a desumersi dalle circostanze, in ispecie dallo scopo del contratto, se il terzo debba acquistare il diritto, e se

---

(1) PACCHIONI, op. cit. Anche il VIVANTE, *Il contr. di assicurazione*, III, § 191, p. 253 e n. 1, mette in relazione con la figura generica del contratto a favore dei terzi questa applicazione dell'assicurazione sulla vita.

il diritto del terzo debba nascere subito o solo al verificarsi di certe condizioni » [1]. Vedete subito quanta parte lasciata pericolosamente all'arbitrio degli apprezzamenti individuali! E ancora: potranno le parti revocare o modificare la loro convenzione senza il consenso del terzo? Se il terzo rifiuta, quale è la posizione dei contraenti? il promittente può opporre al terzo le eccezioni nascenti dal contratto? sono, come vedete, quesiti assai gravi, ai quali sarebbe facile dare una risposta di fronte ad un istituto ben determinato (per es. un contratto di assicurazione), ma a cui è impossibile dare in tanta generalità di termini e in tanta possibile varietà di applicazioni una soluzione adeguata. La mia convinzione è che tali articoli non serviranno a nulla per gli uomini onesti, ma serviranno moltissimo ai legulei per imbrogliare le cose: la mia convinzione è che i romani avevano minori pretese scientifiche, ma intuito più sicuro.

Vengo, o signori, all'altro esempio.

Il § 144 del primitivo Progetto, sull'esempio romano, seguìto anche dalle legislazioni a tipo francese come la nostra, poneva a criterio della diligenza il contegno dell'ordinato padre di famiglia [2]. Non l'avesse mai fatto! Fu un coro di disapprovazioni. Si diceva che era ben strano imporre ai tedeschi l'esempio del *paterfamilias* romano, estraneo alle idee germaniche: il padre di famiglia tedesco è ben altra cosa, esso è il tipo bonario della beata mediocrità. Come volete che sia questo il modello opportuno nell'affrettata e complicata vita moderna? come lo si può senza ironia proporre quale modello a persone intese ad aziende ardue, difficili, di molta conseguenza? e poi perchè mettere come tipo un uomo, senza riguardo alla più gentile metà del genere umano? perchè mettere come tipo per tutti un ammogliato e padre? Di peggio ancora ha scoperto nella immagine del padre di famiglia il Menger, professore di Vienna, in cui il buon senso e la nozione delle cose che combatte non sono sempre pari all'ingegno ed al cuore.

---

(1) Vedi § 328 sg. sotto il titolo: " Versprechen der Leistung an einen Dritten ".

(2) Vedi per quanto segue la recente ed arguta monografia del Fadda, *Il buon padre di famiglia nella dottrina della colpa*, negli *Atti dell'Accad. di sc. mor. e polit. di Napoli*, 32, 1901, p. 141 sgg.

Sapete che cosa è il padre di famiglia? È il tipo del più freddo egoista, tutto intento a conservare e a migliorare il suo patrimonio; è il tipo della unilateralità delle classi abbienti, che non hanno cuore per i bisogni e le sventure altrui: non si solleverà mai il livello del diritto, se non si torrà l'uomo giuridico normale dal punto di morale nullità nel quale si trova il buon padre di famiglia. Al Menger è facile rispondere che un diritto come il romano, il quale nel campo delle obbligazioni costringe ad usare per gli altri tutte quelle previdenze e quelle cure che il buon padre di famiglia usa negli affari propri e pone l'azione umana mossa dall'interesse proprio come esempio di quella che deve svolgersi nell'interesse altrui, non merita davvero su questo punto rimproveri così severi! Alle altre critiche, che purtroppo sono state scritte e ripetute da uomini valorosi, devesi replicare che i romani col termine di *paterfamilias* non intendono designare chi sia ammogliato e padre: *paterfamilias* è colui che è pienamente *sui iuris* ed ha intera verso i terzi la responsabilità dei suoi atti; *bonus* o *diligens paterfamilias* è dunque il tipo dell'uomo saggio e prudente e morale che si trova nella concreta società di un dato tempo. Esso non è l'uomo straordinario, poichè il diritto non può domandare alla vita più di quanto la vita suol dare; ma è l'uomo normalmente buono ed assennato, e questo uomo serve egregiamente come tipo per gli affari ed i rapporti della vita quotidiana. Se poi si esce dai rapporti ordinari della vita, soccorre un altro concetto: dove occorrono cioè cognizioni tecniche o attitudini speciali, è responsabile chi si accinge ad operare essendone privo: l'*imperitia* e la *peritia* vengono in considerazione più che la colpa o la diligenza, ed allora non è il *paterfamilias* come tale che serve di norma, ma l'*artifex*, il *bonus auriga* e così via. E, se in senso lato l'imperizia si riannoda alla colpa, è perchè il buon *paterfamilias*, fra le sue virtù modeste, ma utili e non mai abbastanza apprezzate, ha pur quella di non mettersi a fare ciò che non sa.

Alle molte sottigliezze accumulate a censura dei principii e della terminologia romana si contrapponeva il fatto che essi in vari secoli di applicazione nei tribunali di Europa non avevano prodotto in questa parte veruno dei minacciati inconvenienti.

Il nuovo Codice lasciò quindi in disparte il padre di famiglia: la diligenza da adibirsi in via ordinaria è quella cura « che si richiede da un uomo ordinato fornito di capacità per quel negozio » ; in altre parole (come adesso riconoscono i tedeschi medesimi, e proclama pure il Planck che ebbe tanta parte nella compilazione del Codice), si è rimasti al diritto romano, mutando i termini e abbandonando l' espressione. L'uomo ordinato e sufficientemente capace non è che il *bonus paterfamilias*. Non valeva davvero la pena di far tanto fracasso per così poco. Vi ha, è vero, quell' accenno al negozio in concreto, di cui si tratta; ma anche la cura e l' energia che deve esplicare il *paterfamilias* romano si misurano sempre in rapporto all' importanza ed alle conseguenze del caso particolare, poichè l' uomo ordinato e probo non impiega in tutte le cose la medesima attenzione e premura: quell' accenno poi ha suscitato dubbi e questioni, se si dovesse guardare alla sola natura oggettiva del negozio o se si dovessero tener presenti le circostanze personali dell' agente. Questioni e dubbi che non avevano ragione d' essere per il tipo romano; giacchè il *bonus paterfamilias*, che è un tipo vivo, non procede con rigidi criteri prestabiliti, ma sa adattare l' opera propria alle circostanze.

Ma vi ha di più. Si è osservato in Germania, ed è stato autorevolmente notato anche dal Fadda, che la nuova formola riesce bene inferiore alla romana, poichè in luogo di fissare un criterio sembra porre un problema. Il nuovo Codice parla di « cura richiesta » ; ma richiesta da chi? Richiesta dalle idee correnti, dall' opinione generale? E allora meglio è dire « cura che suole adibirsi », come dicevano i romani: « quam diligens paterfamilias praestare *solet* ». Richiesta invece da esigenze di ordine più elevato ed astratto? e quali? e fino a che punto? I commentatori finiranno con l' esporre, per dar lume vero e non incerto alla pratica, il criterio dei romani con le parole dei romani.

Mi contento, come ho detto, di due esempi: potrei facilmente continuare. Non voglio però chiudere questa lettura senz' accennare al problema che concerne l' uso del diritto romano in quelle specie per cui il nuovo Codice non dispone:

ad es., se ed in quali casi un terzo possa pretendere risarcimento per l' inadempimento di un contratto non conchiuso a nome suo nè a favor suo, benchè nel suo interesse. Il *Corpus iuris civilis* dà la risposta a molte domande; ed anche per la soluzione di tale quesito, che pur si affaccia in varie complicazioni della vita moderna, si sono trovati in esso eccellenti materiali, con cui lo Zimmermann, il von Tuhr ed altri eminenti giuristi hanno potuto fissare le norme opportune e i limiti delle loro applicazioni. Possono tali dottrine, che furono confermate da sentenze e che furono trovate rispondenti ai bisogni della vita, continuare ad applicarsi sotto l' impero del Codice nuovo, che, ripeto, su questo punto tace? E lo stesso dicasi delle traslazioni fiduciarie dei diritti, dei precontratti e di parecchie altre materie, che nel Codice tedesco sono o del tutto sorvolate o menzionate soltanto e non regolate. Il Regelsberger [1] — cito volentieri questo nome perchè si tratta di un giureconsulto veramente moderno, che nel campo del diritto civile e commerciale ha meriti insigni e che fu tra i precipui fautori della nuova legislazione — ammoniva di recente: non turbatevi e continuate con il diritto romano! La codificazione, egli dice, taglia inevitabilmente anche nella parte sana del nostro essere giuridico: non allarghiamo più del bisogno questo taglio. Che cosa conduce il diritto, che cosa ha condotto il diritto privato romano a tanta altezza? La continuità dello sviluppo. Ed è appunto con l' idea fondamentale che il nuovo Codice non tronchi lo svolgimento del diritto, ma vi s' innesti, che egli giustifica la sua ammonizione.

Se non che, o signori, questa è dettata forse da ragioni più profonde: è il timore che l' abbandono del diritto romano segni il precipizio e la rovina della giurisprudenza in Germania. Leggete, o signori, le ultime righe dell' ultimo lavoro di quel giurista, pur così pratico e geniale. Volete voi abbattere l' albero, egli dice, di cui avete finora goduto l' ombra? « Die Vernachlässigung der Beschäftigung mit dem römischen Recht wird sich rächen »: la negligenza dello studio del diritto romano non sarà senza castigo. Verranno i commenti insignificanti del Codice, verrà l' ermeneutica che si aiuta con i

---

[1] In *Jhering' s Jahrbücher für die Dogm.*, 41, 1900, 281 sgg.

motivi e con i protocolli: lo spirito e la vita spariranno! E, quel che è peggio, conclude il Regelsberger, noi finiremo col mancare di maestri che ci possano guidare a salute. Coloro che hanno influenza ci pensino prima che il danno sia troppo grande!

Ecco le sue parole, degne di meditazione e di nota. Or dite, o signori, non è con legittimo orgoglio che noi dobbiamo ammirare, in queste grandi vicende, la perseverante e potente energia del pensiero latino? Il popolo moderno che si dichiara il più colto e più civile non ha saputo emularlo, e ne ha tuttavia sete e bisogno.

Se le notizie a me giunte sono esatte, il male temuto dal Regelsberger non si avrà, nonostante alcune espressioni di turbamento e di sconforto: il diritto romano, anzi, studiato senza preoccupazioni e con puri intenti dottrinali, avrà nella stessa Germania nuovi fasti e nuovi cultori. Ma se il contrario avvenisse, se i tedeschi trascurassero per boria o falso orgoglio nazionale la grandissima eredità di Roma, tanto più gelosamente la custodiremo e studieremo noi, a cui ne incombe sacro il dovere; e allora — non dubitate! — passerà poco tempo, e li vedrete rivalicare le Alpi e ritornare qui un'altra volta alla nostra scuola!

Ludovico Antonio Muratori e la storia del diritto (*).

Il desiderio di partecipare attivamente ad una festa gloriosa per questo insigne Ateneo, cui mi legano tanti vincoli di riconoscenza e tante care memorie, fu per me così irresistibile da farmi per un momento dimenticare quanto fosse pericoloso assumere l'impegno grave e difficile di parlare convenientemente di colui che, or fanno due secoli, veniva qui solennemente e non invano proclamato dottore nella scienza del diritto.

La grandezza di Ludovico Antonio Muratori negli studi storici ha oscurato nella opinione corrente i suoi meriti, talora cospicui, in altri rami del sapere. Eppure pochi uomini ebbero come il Muratori tanto feconda versatilità d'ingegno e tanto varia dottrina. Chiamato a buon diritto «padre della storia», teologo di non comune valore, non inesperto di letteratura, egli ebbe verso la giurisprudenza meriti tali che basterebbero da soli ad onorare un uomo ed a perpetuarne la fama. L'affermazione parrà ardita a qualcuno: non a chi con animo impregiudicato ne consulti pazientemente le pagine durature; non a chi ripensi quanta parte sia del diritto la storia, e della storia il diritto. Io non esito anzi a proporre un'altra affermazione, che parrà ancora più audace: ed è che, nel modo stesso con cui

(*) [Discorso pronunciato nella R. Università di Modena il 16 dicembre 1894, per la celebrazione del secondo centenario della laurea in giurisprudenza di L. A. Muratori, e pubblicato in *Annuario della R. Università di Modena*, anno scolastico 1894-1895 (Modena, 1895). pp. 17-43; ripubblicato con prefazione di Arrigo Solmi in *Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza della R. Università di Modena*, num. 28 (Modena, 1928)].

le vastissime cognizioni storiche aiutarono il perspicace buon senso del Muratori a rettamente valutare norme e fatti giuridici, così la sicura conoscenza del diritto cooperò a formare di lui lo storico sovrano. Fu detto recentemente da un uomo che, per la molteplicità delle attitudini, la vastità della cultura, l'indole degli studi e delle pubblicazioni più forse d'ogni altro si avvicina al Muratori — avete inteso senz'altro che io alludo a Teodoro Mommsen — che invano spera comprendere la storia di Roma chi ne ignori il diritto. La verità dell'asserto non sarà dubbia per chiunque ne possa con competenza giudicare; ma, se la sua evidenza è maggiore per la storia di quel popolo che nel diritto pubblico e privato pervenne a sì alto grado di eccellenza, esso si può e si deve applicare a qualunque storia che non si contenti di ridursi a cronaca di avvenimenti o a pompa di esercitazione letteraria, ma pretenda, com'è ufficio suo, di essere lo studio completo dello spirito di un popolo e delle sue manifestazioni.

Tutti sanno che l'opera muratoriana si rivolse con speciale profitto alle investigazioni concernenti il medio evo. Cosa veramente singolare! Una folla di pregiudizi e il culto prevalente della fulgida antichità greca e romana avevano prima di lui quasi interamente distolto gli ingegni da siffatte ricerche. Se agli eruditi (così si lagna lo stesso Muratori nella prefazione al primo volume delle « *Antiquitates italicae medii aevi* ») capitava in mano qualche trattato, qualche carme, qualche legge, qualche iscrizione o qualche documento di quel tempo, era grande degnazione se essi li mettevano da parte o rigettavano senza manifestare il proprio disprezzo. Cosa, ripeto ancora, veramente singolare! Se noi pensiamo a quel periodo che si inizia con la caduta di Roma imperiale e termina con l'invenzione della stampa e con la scoperta d'America; a quel periodo in cui si svolsero le istituzioni feudali e crebbero i liberi comuni; a quel periodo in cui furono possibili moti generosi e potenti come le crociate; a quel periodo in cui i popoli inorridirono davanti sanguinarie prepotenze e si commossero alla mite poesia di Francesco d'Assisi: a quel periodo in cui si mantenne latente e poi proruppe gagliarda e rinnovellata l'idea latina, e in cui l'alto sentimento germanico della individualità si disposò al concetto cristiano della carità universale; a quel periodo in cui si adersero, splendide di archi-

tettura, le cattedrali di Europa, e in cui pensò Tommaso di Aquino e cantò Dante Alighieri; se noi pensiamo a quel periodo, dovremo forse concludere che non se ne incontra in tutta la storia un altro che gli si possa paragonare per moltitudine e importanza di eventi, per l'incontrarsi di correnti etniche, per l'efficacia mirabilmente visibile del pensiero sull'azione. Ora, questo mondo medioevale — così vario e così contrastato, così terribile nelle lotte, così forte nelle avversità, così grande nel bene e nel male, così gigante nelle aspirazioni — potrebbe credersi *a priori* quasi interamente emancipato dall'influenza dei concetti e delle istituzioni giuridiche: un campo inadatto allo sviluppo di queste e di quelli. Ma chi giudicasse in tal modo andrebbe ben lungi dal vero. Il medio evo non è solo il tempo delle invasioni, dei baldi ardimenti, della cavalleria e dei trovieri: è anche un tempo di vita giuridica intensa, ben superiore a quella dei giorni nostri; un tempo in cui l'idea giuridica s'impone ai popoli e penetra profondamente nella stessa coscienza delle masse e dà veste e nome ai grandi movimenti politici e sociali.

L'intrecciarsi di popoli e civiltà diverse si rispecchiava nell'intreccio delle multiformi legislazioni; il barbaro che lasciava al vinto il suo diritto mostrava un senso vivo del verace ufficio di questa disciplina civile, e il vinto che professava di vivere con la legge patria doveva sperimentare quel nesso intimo che (dove non è arrivato il dottrinarismo perturbatore) collega alle origini, alla storia, alle tradizioni, alla cultura di ciascuna stirpe questa norma della vita sociale. Ma le varie civiltà messe a contatto si fondono; la più antica e la più alta prevale, non senza giovarsi di tanti elementi sani e fecondi; ed il processo storico trova la sua espressione nel progresso dei legislatori, che sempre più vanno accogliendo le norme e le consuetudini dei popoli vinti, come sempre più ne assumono la lingua e la terminologia. Il culto dell'idea latina è nei secoli più oscuri mantenuto dalla Chiesa, e ciò pure ha nel diritto il suo contrapposto: *Ecclesia vivit lege romana*; ed è nel silenzio dei chiostri che le Istituzioni, il Codice e le Novelle di Giustiniano si vanno trascrivendo. Nella maturità dei tempi l'idea latina s'impone e signoreggia gli animi e informa la rinata cultura; ma la più gagliarda manifestazione di questo rinnovamento intellettuale è il risorgere

dello studio del diritto romano: si commentano a Bologna, dopo sì lunga dimenticanza, le Pandette; e, attratti a tanta luce di sapere, accorrono Cisalpini e Transalpini.

Al costituirsi ed all'estendersi dei feudi e delle correlative istituzioni corrisponde tutto un assetto giuridico, che appunto ha preso il nome di « diritto feudale », e riposa tanto su leggi quanto su consuetudini sagacemente raccolte e interpretate.

Anche la Chiesa scrive e coordina il suo diritto; anche la Chiesa possiede ormai il suo *Corpus iuris*, dove non solo si trova la disciplina interna della gerarchia, ma dove tutti i precipui rapporti pur del diritto privato hanno menzione e norma non sempre rispondente all'antica norma romana. Poichè un senso più profondo delle esigenze morali e una tendenza a far prevalere sulla forma la sostanza delle cose, sulle considerazioni d'interesse egoistico norme di benevolenza sociale hanno prodotto varie e talora gravissime deviazioni, che in parte non esigua si mantennero nei diritti posteriori; e così trovò una sanzione giuridica l'idea cristiana che sempre più penetrava negli intelletti e nei cuori.

La stessa lotta mirabile fra la Chiesa e l'Impero, quel formidabile cozzo di diverse energie, assume forma di contesa giuridica; e contesa giuridica essa è nel pensiero dei contemporanei che ne seguono, appassionati spettatori, le fasi.

E che dirò di quel fervore di vita economica e mercantile che si risveglia nel paese nostro, che ne porta lontana l'influenza oltre i monti e oltre i mari, in cui gareggiano le città nostre maggiori? Non ha esso il suo adeguato riscontro nelle nuove forme di atti giuridici, cui plasma la vita, nelle varie codificazioni di diritto commerciale e soprattutto marittimo, stupende per la felice intuizione dei veri bisogni di un traffico esteso ed incalzante?

Direte, o signori, che con tali considerazioni io divago dal tema propostomi: eppure non è così. Io non ho fatto altro finora che enumerare i principali argomenti, sui quali le pazienti e originali indagini del Muratori hanno recato la luce e che nei gravi volumi delle « *Antiquitates italicae medii aevi* » si trovano — con l'esame delle cronache e delle leggi, delle monete, delle medaglie, delle iscrizioni, dei diplomi, degli istru-

menti privati — o addirittura rivelati per la prima volta o almeno copiosamente illustrati e in molti punti rettificati [1].

Fra tutti gli scritti e le pubblicazioni muratoriane, le « *Antiquitates italicae medii aevi* » costituiscono l'opera che meno può negligere lo storico del diritto. Anzitutto, esse meritano grande attenzione per il metodo cauto e rigoroso della ricerca. Ispirandosi agli esempi che un'altra gloria di Modena, il Sigonio, aveva dato per lo studio delle antichità romane, il Muratori comprese quanta prudenza occorra nella investigazione delle civiltà tramontate. Le induzioni per quanto acute, le divinazioni per quanto ingegnose, le analogie per quanto seducenti, sono in questa materia più di pericolo che di vantaggio. È proprio degno di ammirazione il candore con il quale lo storico insigne avverte che qualche punto non ha il diretto appoggio dei documenti, ma riposa piuttosto sulle sue congetture! Se alcuno aveva diritto di congetturare, egli era, che aveva con tanto amore e con tanta costanza ricercato i più minuti particolari degli istituti e degli usi dei tempi di mezzo; eppure non lo fece, o lo fece con sì grande riserbo da mostrare com'egli ne sentisse paura.

Con questo altissimo pregio della sostanza sta in relazione il precipuo difetto di forma, che si nota in queste dissertazioni. Nulla, in apparenza, di più slegato. Il discorso è tutti i momenti interrotto per lasciar luogo alla riproduzione di qualche documento; documenti pure lunghissimi sono trascritti per intero, quand'anche non si tratti che di provare l'esistenza di una qualifica, di un grado in una delle persone di cui in essi è fatta menzione. L'Autore non si contenta di trarre dalle carte quelle sole linee che basterebbero a soste-

---

(1) Eccone integralmente il lungo titolo: *Antiquitates italicae medii aevi sive dissertationes de moribus, ritibus, religione, regimine, magistratibus, legibus, studiis literarum, artibus, lingua, militia, nummis, principibus, libertate, servitute, foederibus, aliisque faciem et mores Italici populi referentibus post declinationem Rom. Imp. ad annum usque MD omnia illustrantur et confirmantur ingenti copia diplomatum et chartarum veterum, nunc primum ex archivis Italiae depromptarum, additis etiam nummis, chronicis aliisque monumentis numquam antea editis, auctore* LUDOVICO ANTONIO MURATORIO, *Seren. Ducis Mutinae bibliothecae Praefecto, palatinis mediol. sociis editionem curantibus.* Tom. I-VI, Mediolani MDCCXXXVIII-MDCCXLII.

nere l'assunto suo; ma ricopia per intero la carta. E giustamente: sia perchè così ognuno può convincersi dell'autenticità del documento, sia perchè molte volte un punto particolare riceve luce da un altro, o a questo luce tramanda. Inoltre, quando sulla genuinità o sulla data del documento sorgano dubbi, l'A. si sofferma a dirimerli, e specialmente insiste sulla difficoltà che presenta il conciliare l'epoca di taluni documenti con le più ricevute cronologie. Io non nego che sarebbe stato meglio che il Muratori avesse a molte cose dato luogo nelle note o in particolari appendici, e che, in fine di ciascuna dissertazione, avesse riassunto in poche parole le precipue risultanze: tutto questo avrebbe certamente reso più nitida e agile la trattazione e più facile lo studio dell'opera sua.

Ma, ripeto, il metodo del Muratori è, nella sostanza, ammirevole. Basti notare che, fra gli innumerevoli documenti di cui si vale nella grande sua opera sulle « *Antiquitates it. m. aevi* », non ve n'è forse alcuno che possa ritenersi spurio [1].

Io non credo, del resto, di poter meglio concludere l'esame generale dei meriti del nostro Autore in quest'opera, che ripetendo il giudizio dato da Alessandro Manzoni: giudizio che, più si praticano le opere muratoriane, e più si trova mirabilmente esatto. « L'immortale Muratori impiegò lunghe e tutt'altro che materiali fatiche nel raccogliere e nel vagliare notizie di quell'epoca: cercatore indefesso, discernitore guardingo, editore liberalissimo di memorie d'ogni genere; annalista sempre diligente e spesso felice nel riconoscere i fatti, nel rifiutare le favole che al suo tempo passavan per fatti, nell'assegnar le cagioni prossime e speciali di questi; esecutore animoso e paziente del disegno, vasto e suo, di rappresentare in complesso, e per capi, le istituzioni, le costumanze, lo stato abituale insomma del medio evo; e qui, come nella storia propriamente detta, sceglitore e ordinatore, per lo più cauto, e spesso sagace, dei materiali che si trovavano sparsi in una gran quantità e varietà di documenti, scovati in gran parte da lui; risolvette tante quistioni, tante più ne pose, ne

---

[1] Una sagacissima dissertazione è, del resto, la **XXXIV** (la prima del tomo III), che dà esempi mirabili di critica sottile e arguta nel discernere i documenti genuini dagli spurii.

sfrattò tante inutili e sciocche, e fece la strada a tant' altre, che il suo nome, come le sue scoperte, si trova e deve trovarsi a ogni passo negli scritti posteriori che trattano di quella materia » (1).

Tuttavia l' impulso gagliardo dato dal Muratori agli studi storici del diritto non si avvertì immediatamente. Nella seconda metà del secolo scorso predominava in tutta Europa l' influenza della cultura francese: un vaniloquio filosofico, un mal celato disprezzo per le ricerche minute e rigorose, un vocabolario convenzionale di termini pomposi e di grandi parole ne erano pur troppo le caratteristiche principali. Uomini più forniti di spirito che d' ingegno, più eleganti nell' espressione che sicuri nel ragionamento, più curiosi dell' insolito che desiderosi del vero, più audaci e anzi temerari nella contraddizione e nello scherno di tutto il passato che capaci di comprenderlo, erano in grandissima voga. Le attrattive di nuove dottrine politiche e sociali, le più che ingenue illusioni di raggiungere per esse la perfetta felicità fra gli uomini, avevano distolto gli animi dalle ricerche storiche, e specialmente dalle medioevali. E non era che l' eco dei giudizi più diffusi di quel tempo la parola del presidente De-Brosses in contumelia di « tout ce qui concerne ces vilains siècles d' ignorance ».

Fu solo in principio di questo secolo, che cominciò un salutare movimento di riscossa. E nel risorgere dei buoni studi, nel ritorno alle indagini pazienti ed accurate si appalesa il culto e l' esempio del Muratori. Voi lo scorgete evidente in Carlo Federico Savigny, l' autore immortale della « Storia del diritto romano nel medio evo », e in quella eletta di scrittori italiani, di cui si onora la prima metà del secolo nostro: basti qui riferire i nomi di Carlo Troya, Carlo Baudi di Vesme, Carlo Promis, Amedeo Peyron.

Gli studi e gli studiosi si moltiplicarono; l' ardore per la ricerca dei documenti e la relativa illustrazione, la comparazione degli istituti giuridici di un popolo con tutte le altre manifestazioni della civiltà sua, la persuasione, divenuta co-

---

(1) A. Manzoni, *Discorso sopra alcuni punti della storia longobardica in Italia*, cap. II (ediz. Milano, 1845, p. 168 sg.).

mune, che di nessuna gente, per quanto barbara, tornasse inutile conoscere la vita giuridica, portarono la scienza nostra ad un alto grado di sviluppo. Il convenire di materiali e di indagini, l'incontrarsi di uomini per ingegno e dottrina eminenti, ha ampliato il campo della storia giuridica e approfondito la cognizione anche dei fatti minori.

Ma si avverta un pericolo, che già si rivela in mezzo a tanta eccellenza di studi. Voi sapete, o signori, che quando un ramo della cultura, quando anzi, in genere, una manifestazione della civiltà umana per opera di uomini insigni raggiunge un'alta potenza, suole pur troppo succedere un periodo di decadimento per l'esagerazione di quei mezzi stessi che cooperarono al passato incremento. Per ricordare ora solo esempi italiani, chi non conosce come, dopo il tempo dei grandi dottori, la scolastica desse in vacue astruserie e, smarrito il segreto di quella singolare e veramente aristotelica temperanza di pensiero, si perdesse dietro il fascino di sottigliezze infeconde? Dopo gli splendori del Cinquecento, l'arte precipita; l'irrequieta esigenza del grandioso fa trascendere nei confini dello strano e il senso esagerato del movimento e della vita porta alle contorsioni del barocco.

Il merito del Muratori, e dei migliori che si avviarono sulle orme di lui, sta (come abbiamo visto) nel non disgiungere l'esercizio della critica dalla ricerca coscienziosa e diligente del fatto. Sono questi i due elementi di qualunque studio storico, ed in ispecie di quello che ha per oggetto le istituzioni giuridiche e sociali: ma di questi il primo esercita assai maggiore attrattiva. Non è che anche la indagine ben condotta del fatto non richieda ingegno e perspicacia; ma tali doti nella critica senza dubbio risultano meglio apparenti: in essa l'individualità dello studioso ha miglior modo di porsi in evidenza.

Oggidì in non pochi storici del diritto tale attrattiva fu sentita più del dovere, e la critica è trascesa in ipercritica, il che significa (poichè gli estremi si toccano) che è data troppa parte alla fantasia. Il documento, il fatto non è più il punto di partenza dell'indagine; lo storico procede invece da qualche sua congettura, da qualche ricostruzione ingegnosa, geniale anche se vuolsi, ma pur sempre arbitraria: se i fatti non si piegano ad essa, si fanno piegare; se i documenti non rispondono, si dichiarano falsi senza troppi scrupoli; se la falsità

non può assolutamente sostenersi, si dichiarano alterati; se anche l'alterazione è manifestamente impossibile, se ne danno interpretazioni artificiose, contorte, stravaganti.

Io non voglio accusare uomini egregi di scarsa onestà scientifica: so quanto sia facile a ingegni pronti e vivaci errare, senz'avvedersene, in siffatte materie. Ma vorrei levare una voce in tempo, perchè non si perda il frutto di tante laboriose ricerche; perchè si applichi qui pure l'ordinario rimedio di tornare ai grandi modelli, e soprattutto a quello da cui hanno avuto i più insigni storici del diritto autorità e ispirazione: cioè al Muratori.

Nel primo tomo delle « *Antiquitates italicae medii aevi* » comincia il Muratori a discorrere della elezione degli imperatori romani e dei re italici; di qui procede agli *officia* della *domus regis* e s'apre la via a parlare delle dignità e cariche principali: i *duces*, i *marchiones*, i *comites palatii*, i *comites* e *vicecomites*. Quante confusioni con l'opera sua il Muratori abbia eliminate da questo campo apprenderà facilmente chi vegga, per es., come da lui siano state saviamente distinte le varie categorie di « duchi » che si riscontrano nell'evo medio: dall'*honor ducatus* già contemplato nel Codice Teodosiano fino ai *duces* di Amalfi, che succedono ai *consules* ed ai *comites* di quella città; chi ripensi alle pagine sulle origini del marchesato (1), alle belle ricerche sul decadimento dell'istituzione comitale.

Lo studio sui *missi regii* e sui *minores iustitiae ministri* c'introduce in quello interessantissimo della procedura medioevale.

La dissertazione XI sui feudi è tra le più notevoli. Intricate e oscure sono le origini del feudo, un istituto che pure è fondamentale nell'età di mezzo; difficile è, nei primordi, discernerlo da istituti affini. Ora, le idee del Muratori sono sostanzialmente quelle cui è ritornata la critica moderna dopo molto disputare: il feudo è un'istituzione franca non antichissima (sviluppatasi nei sec. X e XI), risultante dalla fusione delle due istituzioni carolinge, il beneficio ed il vassallaggio. Quando

---

(1) Già indagate dal Muratori nelle *Antichità Estensi*, parte I (Modena, 1717), cap. V, e nelle *Antiquit. it. m. aevi*, tom. I, nuovamente illustrate.

il Muratori scriveva che, per sè, il vassallaggio è indipendente dal beneficio (« mihi gravissima suspicio insedit nihil opus fuisse beneficio apud Francos, ut quisquam *vassus* constitueretur ») poneva il principio vero per l'intelligenza del grave argomento.

La dissertazione sopra i notai merita tuttora l'attenzione dello storico del diritto, giacchè le osservazioni del Muratori sulla generale ignoranza e imperizia di tali funzionari, sulle conseguenze che se ne rivelano negl'istrumenti del tempo, sui formolari in uso danno per lo studio delle carte medioevali opportunissimi schiarimenti.

Parlando degli arimanni il Muratori rimuove errori comuni del tempo suo, messi in voga dal Du-Cange; dà (credo, per il primo) il concetto dell'arimannia; illustra tutto con documenti, fra cui degnissimo di nota il *placitum* che decide la vertenza fra uomini sedicenti arimanni e il conte milanese che li affermava aldii.

La dissertazione sui servi e gli *homines de masnada*, con la esposizione delle varie origini della servitù e con la opportuna illustrazione dei rapporti, soprattutto economici, fra servi e padroni, è tuttora (si può dire) in accordo con lo stato attuale delle cognizioni; e, se nel successivo discorso sugli aldii e sui liti il Muratori sembra considerare solo alcune fra le categorie di questi, si pensi non solo quante controversie si agitino tuttora in proposito, ma anche come egli, fissando l'obbligo in costoro di « colere aliquem agrum » (del patrono) « aut ei censum quotannis persolvere aut opus facere », prevenisse gli ultimi e più sicuri risultati della scienza moderna (1).

Sorvolando le dissertazioni sui *foeneratores* e sul fisco, mi fermo un istante su quella che tratta dell'origine dei Comuni, argomento tuttora disputatissimo. La formola « clerus ordo et plebs » trova qui un'adeguata considerazione; ed è, come tutti sanno, da questo scritto del Muratori che di solito prendono le mosse gli autori che si occupano di questo tema.

I tributi vari, le confische ed i *banna*, il diritto di batter moneta e l'esercizio rispettivo, i mercati, i privilegi relativi, i banchi di cambio, i trattati mercantili fra le varie città, la

---

(1) Cfr. F. SCHUPFER in *Enciclop. giur. it.*, vol. I, parte II, p. 1130 sg

condizione delle donne (specialmente sotto i Longobardi) con illustrazione delle relative istituzioni giuridiche (« mundio, mundualdo, faderfio, meta, morgincap ») sono oggetto delle dissertazioni contenute nel secondo tomo, a cui s' aggiungono quella sulle *leges italicae* e quella sui placiti. La prima, che si occupa anche delle diverse professioni di legge, si distingue per l' apprezzamento veramente sereno e oggettivo delle legislazioni dei tempi barbarici; apprezzamento che avremo ancora occasione d' incontrare. E lo stesso pregio offre la seconda, che è pur tra le più importanti per la copia dei documenti insigni.

Nel terzo tomo, oltre le dissertazioni generali su le carte ed i sigilli, dobbiamo ricordare quella sull' enfiteusi e sulla precaria, istituto che qui viene per la prima volta illustrato e ben distinto tanto dal livello quanto dal precario romano; quella sui giudizi di Dio e l' altra sul duello, che non ne è che una forma. È superfluo il dire che un ampio contributo ha recato il Muratori alla conoscenza d' istituti tanto degni dell' attenzione del giurista. Una lacuna grave si può lamentare, ed è che il Muratori pensa che nei popoli germanici tali istituti sieno sorti dopo la diffusione del cristianesimo, illuso dalle forme che vanno assumendo e dai riti che li accompagnano; mentre si tratta (come oggidì la scienza comparata del diritto ha provato) di origini ben più lontane. Ma sarebbe ingiusto far di ciò colpa al Muratori, quando si consideri lo stato delle cognizioni al tempo suo.

Per gl' inizi e la vita dei liberi Comuni interessa specialmente il quarto tomo. Ivi si discorre della forma dei liberi reggimenti; dei magistrati nelle città italiche; delle guerre, delle alleanze e delle paci fra loro; delle loro immunità e dei privilegi imperiali. L' argomento molteplice è, al solito, ben documentato anche con l' edizione degli statuti pistoiesi del 1200. Le *represaliae* vengono parimenti in questo tomo largamente considerate.

Finalmente, importantissimi temi della storia del diritto ecclesiastico — i censi e i redditi della Chiesa di Roma, le immunità, gli oneri ed i privilegi del clero, gli *advocati Ecclesiarum* e le particolarità della procedura per i chierici — trovano nell' ultimo tomo un erudito svolgimento.

Questa rapidissima rassegna avrà servito a confermare quanto abbiamo detto in principio sulle grandi benemerenze del Muratori verso la storia del diritto. Ma esse qui non si arrestano. Il grande modenese si occupò con vivo amore pure di una delle principali fonti, le leggi longobarde.

Quanta importanza desse il Muratori ad una buona edizione dell'Editto di Rotari e delle altre leggi dei re longobardi, appare anche dalle sue lettere dirette al Sassi, prefetto della Biblioteca Ambrosiana, si conservano tuttora gli originali; ivi fa spesso menzione di tale impresa e dei lavori preparatorii. Il 12 novembre 1722 scrive: « Sto anche faticando alla prefazione per le leggi longobardiche e spero che faremo cosa di buon garbo, perchè vi saranno delle giunte »; il 26 novembre ancora: « queste benedette leggi mi fanno molto sospirare; ma farò quanto potrò e infine spero che la nostra edizione avrà qualche pregio sopra le altre ». Nell'aprile del successivo 1723, sempre al Sassi, così scrive: « Vo anch'io disponendo le leggi longobardiche con le varie lezioni e giunte; fatica che è stata ed è per me, più che non si crederà, gravosa. Quel solo andare a trovare le leggi stampate ad una ad una per confrontarle con manoscritti d'ordini tutti diversi mi ha fatto logorare la vista ». E il 15 luglio: « Fo ora copiare le mie annotazioni alle leggi longobardiche e, subito che saranno all'ordine, penso di mandarle... Ho speranza che non debba dispiacere la nostra edizione perchè avrà giunte e spiegazioni e varianti utilissime. Ella ne giudicherà a suo tempo ».

Venne il manoscritto con le giunte, l'introduzione e le note; e tutto fu inserito nella seconda parte (edita nel 1725) del tomo I dei « *Rerum italicarum scriptores* ». L'Argelati nella prefazione a quel volume scrive: « optimo consilio Clariss. Vir Ludovicus Antonius Muratorius post impressas Langobardorum historias, quae in primo tomo habentur, eorum etiam leges additas voluit. Nemo enim inficias ierit leges illustrandae historiae plurimum conferre, uti et historiam legibus explicandis. Nationum enim genium et acta ita in legibus introspicimus, ut in speculo imaginem ». Pensieri, se non parole, affatto muratoriani.

Parrà singolare, a noi moderni, che la pubblicazione di un così insigne monumento legislativo dovesse giustificarsi con ampio ragionamento. Ma tant'è: la mancanza o (ciò che torna lo stesso) l'ineducazione del senso storico avevano anche

presso le persone colte così oscurato quanto si riferiva al calunniato medio evo, che lo studio diligente posto nel restituire le leggi barbariche poteva sembrare ancora opera perduta. Erano fortunatamente passati i tempi in cui Luca de Penna, commentando il Codice giustinianeo, diceva: « Langobardicas leges factas fuisse a bestialibus neque mereri appellari leges, sed faeces », parole che io non tradurrò per rispetto al gentile uditorio; in cui Andrea d'Isernia, nelle note ai feudi, diceva: « ius longobardicum est asininum et sine ratione ». Ma non erano ancora venuti i tempi in cui si potessero tali leggi convenientemente apprezzare: l'opinione comune, sostenuta ancora dal Sigonio, che le leggi longobarde fossero state abolite da Lotario, aveva forse contribuito a farle considerare soltanto come un resto di tempi deplorevolmente rudi e feroci.

Contro la comune opinione si rivolge il Muratori nella introduzione sua, mostrando come tali leggi venissero trattate ancora quali vigenti da Uberto Dall'Orto nel proemio al secondo libro sui feudi, nonchè in molte carte del secolo XII.

L'edizione del Muratori è certo ricca di pregi; e l'aspettativa, che si manifesta nelle lettere da me surriferite, non doveva essere delusa. La ricollocazione delle leggi nell'ordine cronologico, secondo l'esempio del primo editore, il Herold [1], abbandonato dai posteriori, era già per lo studio del genuino diritto longobardo di grande momento. Più importante ancora era il ricupero dei prologhi dai vari principi preposti alle proprie leggi. Chi ricordi come recentemente, appunto con l'aiuto di tali proemi, si potè accertare un'influenza del diritto romano sul longobardo, vedrà agevolmente quanto opportuna fosse questa restituzione. Il Herold mostra di avere solo qualche nozione del prologo di Rotari; il Sigonio lo conobbe sicuramente, come appare dalle sue schede conservate nell'Ambrosiana, ma non lo pubblicò: di tali schede usufruì però Orazio Bianchi pubblicando il prologo all'Editto di Rotari nelle sue note alla Storia di Paolo Diacono [2].

Un'aggiunta di sommo rilievo sono le *formulae*, di cui è

---

[1] Bas. Joh. Heroldi, *Origines ac Germanic. antiquitates* (Basil. 1557), pp. 159-260.

[2] In *Rerum italicarum scriptores*, tom. I. pars I, pp. 413-414 n. 99.

merito del Muratori avere intuito ed esposto chiaramente l'uso per la più ampia e sicura conoscenza del diritto d'allora [1].

Taccio di nuove leggi dei re franchi, da lui trovate e per la prima volta edite in aggiunta alle longobarde; delle buone lezioni per la prima volta messe in luce; dei multiformi glossemi da cui fu liberato il testo antico. Io ricorderò solo un punto affatto secondario, ma che prova la diligenza e l'acume del Muratori. Il predecessore, di cui egli soprattutto mantiene la lezione, è il Goldast: ora, questi suole stampare *sulfreal*; il Muratori con l'aiuto dei codici restituisce *fulfree*, e col sussidio della lingua inglese ne determina esattamente il significato: « pienamente libero » [2]. È singolare che il tedesco, che aveva il vocabolo nella propria lingua, abbia dovuto essere emendato dall'italiano!

L'edizione del Muratori fu ripetuta da Pietro Georgisch [3] con alcune note e aggiunte riferentisi alle anteriori edizioni; e da essa potè trarre grande aiuto anche F. Paolo Canciani [4]. Più tardi, e già nel « *Corpus iuris germanici antiqui* » del Walter [5], si poterono introdurre notevoli miglioramenti, e soprattutto riordinare secondo la successione originaria le leggi di Liutprando, essendosi messi in luce manoscritti di grande valore, quali il codice di Helmstadt, il cavense, i frammenti zurighesi, il vercellese, che non furono noti o, almeno, accessibili al Muratori. Ma fu solo dopo la scoperta del codice d'Ivrea, che gli studiosi ebbero una riproduzione così perfezionata come quella che si ammira nella seconda edizione di Carlo Baudi di Vesme [6], e più ancora in quella di Federico Bluhme [7]. E devesi pure avvertire che il Muratori non potè trarre tutto il sussidio dalle fonti che erano a

---

[1] Cfr. STOBBE, *Geschichte der deutschen Rechtsquellen*, I, 1 (Braunschweig, 1880), p. 595.

[2] Cfr. anche *Antiqu. ital. med. aevi*, I, col. 868.

[3] Nel suo *Corpus iuris germanici antiqui* (Halae Magdeb., 1738), col. 913-1284 (*Leges Langobardicae*).

[4] Nelle sue *Barbarorum leges antiquae*, I, (Venet., 1781), pp. 57-296 (*Leges Langobardicae*).

[5] Tom. I (Berol. 1824), pp. 670-838.

[6] *Edicta regum Langobardorum*, ed. C. BAUDI a VESME, in *Hist. patriae monum.* (Aug. Taurin., 1855).

[7] *Edictus Langobard.*, in *Monum. Germ. Hist.*: *Leges*, IV (Hannov. 1868).

sua disposizione, perchè, come osserva il Boretius nella prefazione al « *Liber Papiensis* » [1], egli fu assai male servito dai membri della società palatina, che si erano assunti di collazionare per lui il manoscritto ambrosiano.

Nè, o signori, l'investigazione storica del diritto fu per il Muratori fine a se stessa. Ben seppe egli dalla vasta e molteplice notizia del passato trarre sussidio per il giudizio del presente e per le riforme del futuro. Lo prova l'opera « *Dei difetti della giurisprudenza* », di cui altri vi ragionerà ben più dottamente, dove sempre l'argomento storico sorregge il raziocinio, l'esperienza è addotta come maestra di opportuno consiglio, l'origine dei mali è indagata per averne luce alla cura.

Ma, se anche il Muratori non si fosse occupato — e degnamente — delle condizioni del diritto nel tempo suo, il fatto che egli è solenne maestro nella storia giuridica, soprattutto italiana, darebbe più che sufficiente ragione del legittimo orgoglio con cui questa nobile Università vuol ricordare che oggi si compie il secondo centenario della laurea in giurisprudenza qui a lui conferita.

Le Università, come tutte le più alte istituzioni umane, vivono delle loro glorie passate non meno che dei fasti attuali: è bene commemorare solennemente tali glorie perchè non se ne affievolisca l'efficacia, e affinchè chi assume l'alto ufficio dell'insegnamento senta quanto lo renda più augusto la maestà dei ricordi, e chi si asside discepolo quanto illumini ed insieme rafforzi il dovere la grandezza degli esempi.

Giova sperare che non abbia a ritornare quel tempo in cui nobilissime città italiane dovettero temere per la minaccia di essere private dei loro antichi e gloriosi Atenei. S'invocarono allora, a difesa, le fauste tradizioni e le memorie insigni: e fu giusta invocazione, specialmente per quelle Università che, come la nostra (concedetemi, o signori, che io continui a chiamarla nostra, poichè me lo impone l'affetto), dalla propria memorabile storia traggono auspicio e insieme conforto a novelli incrementi.

---

[1] In Pertz, *Monum. Germ. Hist.*: *Leges*, IV, p. LIII; cfr. sul Muratori il Bluhme, ibid., p. CXIV.

Per la riforma universitaria (*).

L' aspettativa di una completa riforma universitaria è ormai, io credo, svanita o quasi: l' esperienza ha insegnato che innovazioni così radicali come quelle progettate non sono possibili con gli attuali nostri ordinamenti e con le vicende alterne degli avvenimenti politici.

Nè, forse, è questo un male. Almeno noi romanisti abbiamo una grande repugnanza per i mutamenti rapidi e generali; noi non ci formiamo veruna illusione circa la scarsa efficacia della legge, da cui troppi ancora aspettano rimedio a ogni male, e riteniamo pericoloso dettare norme che eccedano la necessità immediatamente rivelata dalla esperienza, pericolosissimo poi il copiare ordinamenti di altri paesi. E non si può negare che le fasi della legislazione italiana, nei vari rami del diritto pubblico e privato, sieno tali da persuadere i romanisti a non dipartirsi da principii cui essi sono pervenuti per convinzione scientifica.

Piuttosto, noi crediamo opportuno di applicare rimedi particolari che non alterino punto l' essenza e le funzioni generali dell' istituto, ma che provvedano ai più gravi inconvenienti che si sono manifestati. Simili miglioramenti speciali sogliono essere più cautamente studiati, e possono assai più facilmente essere approvati ed applicati. Sarà l' ultima volta che invoco il diritto romano; ma non posso tacere come questo insegni che talora una riforma limitata e apparentemente secondaria

(*) [In *Rendic. dell' Istit. Lomb.*, serie II, 31, 1898, pp. 774-779].

può essere il mezzo per cui si rinnova e si migliora tutto quanto l'istituto cui essa si riferisce, poichè vi ha pur negli enti sociali la *vis medicatrix naturae* e basta rimuovere gli ostacoli perchè se ne veggano gli effetti salutari: gran parte del diritto non è nella legge, è nella vita.

Una di queste riforme urgenti e possibili è quella della libera docenza; intorno alle condizioni di essa ha parlato in questo Istituto con grande competenza il nostro caro collega Pasquale Del Giudice.

Un' altra non meno urgente e di non ardua applicazione sarebbe, a mio avviso, quella dei requisiti per l'ammissione agli studi superiori. Noi assistiamo ora ad uno spettacolo punto lieto. Il numero dei giovani che s'iscrivono alle Università cresce in modo veramente inquietante; quello dei laureati eccede di gran lunga l'esigenza delle carriere, e s'ingrossano le file del cosiddetto «proletariato intellettuale», che costituisce non l'ultimo dei pericoli da cui siamo minacciati. D'altra parte, sarebbe erroneo affermare che tutta questa gente che affolla le aule universitarie (o che, in teoria, dovrebbe affollarle) sia mossa da vera vocazione agli studi. Di molti si può dire con certezza il contrario. È la speranza, troppe volte fallace, che la via degli studi universitari possa condurre ad una migliore posizione sociale, a professioni meglio retribuite, quella che li sospinge a ritroso dei fati. Famiglie di povera condizione fanno sforzi inauditi per mantenere i figli all' Università: figli scarsi di ingegno, sempre cresciuti in un ambiente ristretto e che non hanno avuto nei viaggi, nella conversazione con persone colte, nelle abitudini di una società raffinata quell' alimento dello spirito che non è mancato a giovani forse non più intelligenti di loro, ma di condizione più elevata. L'ultimo ideale di questi disgraziati è un qualche modesto impiego nelle amministrazioni del Comune o dello Stato: tutto il resto è loro indifferente, anzi è odioso; essi seguono svogliati e sonnolenti i corsi universitari, per i quali non hanno nè capacità nè preparazione. Di fronte ai problemi più ardui (e quindi più attraenti, per i migliori) il loro viso assume quell' aria così caratteristica mista di noia, di meraviglia e di spavento, osservabile nella gente che, fatta per stare al piano, si trova alle prese con le difficoltà non sospettate della montagna.

Opportuno sarebbe inoltre, senza dubbio, l'aumento delle tasse per l'ammissione e per l'annuale iscrizione ai corsi universitari. Già vi aveva pensato l'on. Baccelli, e recentemente fu annunciato in proposito un progetto dell'on. Gallo: se sono esatte le notizie date dai giornali, questi avrebbe calcolato sopra un provento abbastanza largo da tali incrementi di tasse, da applicarsi a beneficio dell'istruzione superiore stessa.

Ne deriverebbe che molti, spaventati dalle nuove esigenze fiscali, rinuncierebbero agli studi universitari, e questo sarebbe già un grandissimo vantaggio per gli studi: non solo ne sarebbero esclusi tanti elementi perturbatori, ma sarebbe anche eliminata la perniciosa loro influenza sugli studenti. Il risultato sarà tanto migliore quanto più si stringeranno i freni per la concessione delle dispense dal pagamento delle tasse universitarie, oggi molto agevoli ad ottenersi, mentre non dovrebbero concedersi che in casi affatto eccezionali.

E, mentre io lodo senza riserva il progetto di aumentare considerevolmente le tasse universitarie, noto con dispiacere come queste si vogliano mantenute assai miti per i corsi di notaio e procuratore, che in verità rappresentano un male non necessario nelle nostre facoltà giuridiche. Dico un « male non necessario », e quindi removibile. Che si tratti di un male, non è difficlle dimostrare. Gli iscritti a questi corsi devono studiare in due anni una quantità grande di materie, di cui talune svolte in corsi biennali, senza verun concetto metodico, ed anzi contrariamente ad ogni ordine di sistema. Si pensi che nel primo anno essi hanno obbligo d'iscriversi al corso preparatorio di istituzioni di diritto civile e insieme a quello di diritto civile; che, digiuni affatto di qualunque concetto elementare di diritto, senza pur avere la nozione di diritto reale e personale, devono forse assistere ad una sottile disquisizione sulla natura della ipoteca o sulle funzioni dell'obbligazione correale. E nel primo anno essi sono pure obbligati a iscriversi al corso di diritto amministrativo, il cui studio presuppone logicamente cognizioni non scarse di diritto pubblico e privato. Si può già immaginare *a priori* quale sia la confusione di idee che si suscita in quelle povere teste; *a posteriori* non manca la larga riprova della esperienza: gli esami degli iscritti a questi corsi sono ordinariamente inferiori alla mediocrità. Molte cose tali studenti non intendono, e sono

costretti a mandarle meccanicamente a memoria. Un bisogno di mantenere simili corsi, ripeto, non vi è affatto. Niuno oserà dire che siavi oggi tale scarsità di legali nella società, da doversene favorire per *fas* e per *nefas* la produzione; mentre tutti converranno nel riconoscere che è molto grave l'affidare funzioni importanti e delicate a persone così inadeguatamente istruite. Ciò (bisogna pur dirlo) è riconosciuto dagli stessi interessati: i quali, di regola, dopo avere ottenuto la licenza negli studi di procuratore e di notaio compiono gli studi occorrenti per essere laureati. Ma questo porta con sè nuovi inconvenienti. Molti giovani, pur avendo l'intenzione di laurearsi in giurisprudenza, si iscrivono al corso di procuratore; seguono gli studi relativi in quel modo così irragionevole e con quel risultato così meschino di cui abbiamo veduto e, strappato che abbiano il diploma, si iscrivono al terzo corso di giurisprudenza nell'Università nonchè alla pratica nello studio di qualche avvocato, con quanto profitto e della cultura e della pratica stessa è facile indovinare! Pensano così di arrivare più presto a esercitare la professione ed a fare qualche guadagno, e di altro non si curano. Tutto questo è deplorevole sotto ogni rapporto; ma tutto questo è purtroppo conforme alle leggi esistenti, e non vi è altro rimedio all'infuori di quello molto semplice di abolire tali corsi irregolari e di costringere tutti coloro che vogliono esercitare le professioni di procuratore e di notaio a laurearsi in giurisprudenza.

Non si dica che la Facoltà di giurisprudenza ha anche degli scopi professionali, e che non deve quindi indirizzarsi solamente secondo le esigenze dell'alta cultura: appunto perchè ha anche degli scopi professionali, essa deve preparare a degnamente esercitare le professioni. L'equivoco, non insolito, sta tutto nel confondere pratica ed empirismo, professione e mestiere. L'esercizio delle varie professioni legali (di giudice, di avvocato, di notaio, etc.) esige, come quello di ogni altra professione, l'uso di certi strumenti tecnici ed una preparazione teorica, senza la quale quell'uso sarebbe incerto, inefficace o (peggio ancora) dannoso al prossimo. L'Università non può dare che la preparazione teorica, e questo è certamente il più; l'uso diretto dei mezzi tecnici si impara poi più facilmente e senza inconvenienti da chi è guidato da sufficiente lume di dottrina. A stendere un atto di citazione si apprende molto meglio nello

studio di un avvocato che nelle aule universitarie, e sarebbe uno spreco di tempo prezioso il dedicare a simili esercizi le ore già scarse dell' istruzione teorica fondamentale. Pur troppo questo desiderio dell' applicazione immediata (considerata nel modo più gretto e volgare) inaridisce fino dai primi giorni degli studi universitari gli animi di parecchi giovani, i quali hanno inteso il verbo predicato da uomini che si vantano di essere pratici e di non avere pregiudizi per il capo. A questo modo erano pratici anche i Visigoti, che mutilavano i testi romani per togliere tutto quello che loro pareva superfluo ornamento di dottrina; niuno crederà tuttavia che nel regno visigotico la giustizia fosse meglio amministrata che nei tempi gloriosi in cui la prassi romana era satura di teoria e diretta dalla scienza nel suo compito quotidiano. Chi, del resto, consideri gli errori dei magistrati e dei professionisti troverà che nella minor parte dei casi essi derivano da inesperienza della procedura o da ignoranza materiale delle disposizioni legislative; tali errori sogliono provenire dalla mancanza di una vera nozione scientifica degli istituti, quale si può conseguire solamente mediante lo studio del loro svolgimento storico e della loro costruzione dogmatica.

Come ripeto, le riforme accennate mi sembrano di facile applicazione. Lo Stato può ritrarne un beneficio; certo non ne avrà un danno. La compagine universitaria non ne sarebbe scossa, e anzi si rimuoverebbero cause di perturbazione. Si dirà che non è giusto impedire ai meno agiati di intraprendere gli studi superiori. È facile rispondere: che le vere vocazioni agli studi superiori sono rare, molto più rare che non si pensi; che la società non può tollerare che, per facilitazioni ispirate da pregiudizi cosiddetti democratici, vada in iscompiglio l'istruzione superiore; che chi vuole questa deve pagarla, e pagarla a dovere; che per i casi eccezionali, in cui sarebbe di scapito alla società stessa il non aprire le porte dell' Università a qualche giovane di attitudini singolari, si può provvedere con eccezionali dispense. Le classi agiate poi non avrebbero diritto di dolersi degli oneri cresciuti, poichè, a tacer d' altro, diminuito il numero dei laureati e conseguentemente quello dei concorrenti alle professioni ed agli impieghi, crescerebbe la probabilità di conseguire sollecitamente i frutti della istruzione avuta e dei sacrifici sostenuti.

Ma i buoni effetti per la scuola e la società non si raggiungeranno mai appieno se all' aumento delle tasse non faccia riscontro una maggiore esigenza circa il requisito di istruzione preparatoria. È ora di finirla con le malaugurate indulgenze verso i giovani delle scuole secondarie; è ora di rivedere i programmi di queste, nell' intento sia pure di diminuire (ove occorra) il numero delle materie di studio, ma soprattutto di accrescere l' intensità del profitto. Altrimenti si dovrà pur ritornare agli esami di ammissione per coloro che intendono iscriversi alle Università. Oggi l' ingresso a queste è troppo facile. La cultura preparatoria è in questi ultimi anni di molto diminuita, e tende a diminuire ancora. È doloroso, ma necessario, il confessare che non pochi dei nostri giovani, dopo otto anni di studi classici non sanno, ad es., scrivere italiano e non sanno leggere nè capire il latino (del greco è meglio tacere), e ignorano la storia al punto da trasportare avanti o indietro di parecchi secoli le date dei più importanti avvenimenti. Come ha potuto tutta questa gente procedere così avanti nella carriera degli studi, passando da uno ad altro grado superiore di scuola e giungendo alla Università?

E guardiamoci anche dal trasferire in Italia senza le debite cautele ordinamenti scolastici stranieri, ad es. tedeschi. Per duplice esperienza io conosco ugualmente le Università italiane e le tedesche. Gli ordinamenti di queste ultime non sono in pratica così invidiabili, come spesso vengono rappresentati; il trasportarli poi in Italia, dove manca per essi ogni giustificazione storica, non avrebbe che effetti perniciosi. Ed è un errore grave e comune l'attribuire a simili ordinamenti il migliore frutto che in Germania dà l' istruzione universitaria. Io non esito ad asserire che la cagione principale di questa innegabile differenza sta invece nella grande diversità di preparazione che hanno nei due paesi i giovani ammessi agli Istituti superiori. La prova lunga e seria della istruzione secondaria ha in Germania un effetto negativo e uno positivo: essa opera una eliminazione severa degli elementi incapaci e inadatti, e fortifica gli elementi migliori per i più difficili cimenti del pensiero.

RECENSIONI

Édouard Cuq, *Recherches historiques sur le testament "per aes et libram"*. - Paris, 1887 (estr. dalla *Nouvelle revue histor. de droit fr. et étr.*, 10, 1886, p. 533-586) (*).

È uno studio geniale, scritto con buona conoscenza delle fonti e della letteratura (anche tedesca), il quale arriva a risultati molto diversi da quelli che sono in così arduo argomento comunemente accettati. Il testamento *per mancipationem* non è già riconosciuto nelle XII tavole: anzi il processo, per cui l'istituto del testamento si svolse, fu assai più lento di quanto non si creda. La stessa regola "nemo pro parte testatus etc." non sorse che tardi, quando (dopo che la *lex Poetelia* ammise l'esecuzione reale e costituì quindi dell'obbligazione un onere patrimoniale, anzichè un onere esclusivamente personale o familiare) si ebbe del "patrimonio" un concetto meno rude ed informe. La legge decemvirale, che parla di una divisione (che avviene *ipso iure*) dei *nomina* fra i coeredi, si riferiva solo agli *heredes sui*. In origine, il *testamentum per mancipationem* non aveva altro effetto che quello di trasmettere il patrimonio al *familiae emptor*: questi poteva venir "pregato" a manomettere qualche servo od a trasmettere qualche cosa a terzi, ma con semplice vincolo morale, e se il testatore fosse sopravvissuto, il vincolo di restituirgli il patrimonio era pure semplicemente morale. Le disposizioni che il testatore formulava come preghiere erano in realtà veri fedecommessi: il nome con cui s'indicavano dovette esser quello di *mortis causa capiones*. Coloro che venivano contemplati in tali disposizioni potevano raggiungere il loro scopo occupando i beni loro destinati, di cui l'usucapione compivasi in un anno. Tutte le accennate imperfezioni dettero origine al *testamentum per aes et libram*: la *mancipatio* ivi è mantenuta solo come reminiscenza storica, ma il centro di gravità del-

---

(*) [In *Rivista ital. per le scienze giurid.*, 3, 1887, pp. 122-123. Cfr. Ferrini, voce *Capioni* in *Il Digesto ital.*, vol. IV, parte I, 1888, p. 728 sg., e *Pandette*, p. 744 sg.].

l'atto giuridico è affatto spostato. L'A. si diffonde su le varie forme di legato e le nuove forme di capioni in causa di morte: delle quali però fa una trattazione incompleta e frettolosa.

Tale è l'orditura del lavoro: e già nella rapida esposizione fattane saranno apparse le molteplici difficoltà che alle accennate ipotesi si possono opporre. L'A. contro parecchie di esse si difende molto ingegnosamente e merita certo che il suo lavoro venga diligentemente esaminato, e, anzichè negletto, sottoposto a un giudizio spassionato e competente.

Antonio Longo, *La "mancipatio"*, Vol. I. - Firenze, 1887 (*).

I (**).

Il giovane Autore di questo libro si addimostra ben versato nella letteratura relativa al suo tema e fornito di molta chiarezza di vedute, sicchè possiamo presagire in lui un valoroso cultore della storia del diritto romano, di cui è libero docente nell'Università modenese.

La parte precipua del suo lavoro sta nella tentata dimostrazione che la *mancipatio*, quale noi conosciamo dalle fonti, non sia che uno dei risultati di un processo di specificazione per cui si venne variamente configurando un modo prima generico e indeterminato di trasmissione della *manus*, intesa questa nel senso largo voluto dal Jhering e dal Voigt. Ma già l'applicazione al diritto romano del processo evolutivo dal generico eterogeneo allo specifico omogeneo (sostenuta, non senza ingegnosi raffronti, dal Cogliolo) è tutt'altro che comprovata dai fatti certi della storia di esso: questi anzi vi ostano inesorabilmente. Nè poi quella idea voigtiana della *manus* primitiva è così sicura, da potervi edificare sopra: quali sono, per es., gli argomenti con cui il Voigt prova che nell'idea originaria della *manus* si comprendesse quello che fu poi il dominio? Essi si riducono a un verso di Plauto, che, a ben vedere, nulla prova. E su così fragile fondamento il Longo ha fabbricato: e, mentre da un canto si è lasciato sedurre da dottrine di novità pericolosa, dall'altro si è lasciato imporre dall'autorità di un nome, che, meritamente famoso, non esonera però dal dovere della prova.

Quanto poi il Longo dice sull'*adrogatio* e sul *testamentum calatis comitiis*, quali altri prodotti di quella specificazione, non solo non è comprovato da testi o da argomenti, ma è intrinsecamente assai improbabile. Sono buoni, in complesso, i capitoli su la forma, l'oggetto e gli effetti

(*) [Cfr. Ferrini, voce *Mancipatio* in *Enciclop. giurid. ital.*, vol. IX, parte II, 1901, p. 540 sgg.].

(**) [In *Monitore dei tribunali*, 28, 1887, p. 412; vedi anche la recensione in *Archivio giuridico*, 38, 1887, pp. 164-167: *infra*, pp. 461-463].

della *mancipatio*; meno buono è l'ultimo sulle *leges mancipii*. Gli studi più recenti sulla *fiducia*, e quelli segnatamente sulle relative interpolazioni delle fonti, non sembrano essergli ancora familiari: altrimenti avrebbe corretto e modificato qualche sua asserzione.

Nè la polemica contro il Voigt, intesa a sostenere che la legge si proferisse sempre dal *mancipio dans*, è troppo felice (1): l'A. ha invece ragione nel negare che, detta dall'una parte la legge, dall'altra si dovesse ripetere.

Ma, insomma, c'è da congratularsi con l'A. per questo suo lavoro; e c'è da augurarsi che il secondo volume non si faccia troppo aspettare.

II (*).

È questo un lavoro degno, sotto molti aspetti, di considerazione. L'A., che è fornito di buona cultura, si distingue anche per una grande chiarezza di idee, che appare tanto in questo quanto ne' suoi saggi precedenti; egli sa assimilare molto bene le varie dottrine: pregio questo che non va trascurato ora che in tutto il campo dei nostri studi si moltiplicano le controversie e s'intrecciano le più disparate opinioni.

La *mancipatio*, quale noi conosciamo da Gaio e da altri autori, non è un atto originario; bensì esso rappresenta, secondo l'A., il risultato di un processo di " specificazione ", per cui il primitivo e generico modo di trasferimento della *manus*, consistente nella solenne e non contraddetta affermazione davanti alla comunità, si venne confermando nel *negotium per aes et libram gestum*. E così, agli elementi originari generici (affermazione solenne, testimonianza) si sarebbero aggiunti altri elementi specifici (l'intervento dell'*aes* e della *libra* con il *libripens*). Altrimenti si fissò poi quel procedimento originario e generico nell'*adrogatio* e nel *testamentum calatis comitiis*. La differenza sta precisamente in questo, che nei due ultimi istituti il popolo interviene o direttamente o mediante una proporzionale rappresentanza delle curie; invece nella *mancipatio* dell'antico intervento popolare non c'è altra traccia che nell'obbligo di assumere almeno cinque testi: nei quali naturalmente non si vorranno scorgere i rappresentanti delle cinque classi serviane. Questa ipotesi dell'A. è, come si vede, un'applicazione ingegnosa di un principio oggidì molto di moda, per cui si avrebbe anche nello svolgimento del diritto romano un procedimento dal generico allo specifico e dall'indeterminato al determinato. Ma contro tale affermazione stanno i fatti certi della storia del diritto romano, che c'insegnano piuttosto il processo inverso,

---

(1) Vedi specialmente p. 150.

(*) [In *Archivio giuridico*, 38, 1887, pp. 164-167; vedi anche la breve notizia bibliografica in *Monitore dei tribunali*, 28, 1887, p. 412: *supra*, pp. 460-461].

per cui dalla specie si assorge al genere, od anche dall'individuo alla specie. L'ammettere con vari scrittori, e recentemente con il Voigt, un concetto di *manus* primitivo assai vasto e indeterminato non è troppo facile. Bisogna distinguere l'uso volgare e l'uso giuridico di una parola: l'uso volgare comprende spesso cose molto diverse (che invece il linguaggio tecnico distingue) sotto una parola sola: e, se poi succede una nomenclatura più esatta, ciò non implica punto una evoluzione dall'indeterminato al determinato, sussistendo fino *ab initio* la specifica differenza nella natura stessa delle cose. Che, per es., nell'uso volgare, accolto spesso anche dai giuristi, si dicesse " socio " tanto il semplice condomino come chi aveva stretto un vero contratto di società, non esclude punto che si trattasse di cose assai differenti. Poniamo pure che *manus* indicasse in origine tanto il rapporto fra il *paterfamilias* e la moglie e i figli quanto quello fra lui e i servi e quello ancora fra lui e gli altri enti patrimoniali, ciò non vuol punto dire che in origine non vi fosse ancora l'idea specifica del dominio, e che un'idea indeterminata di signoria comprendesse diritti che poi si differenziarono grandemente. In pratica, si avrà avuto coscienza della intrinseca differenza che fin d'allora sussisteva fra il dominio e la *patria potestas* (per quanto questo istituto fosse alla massima potenza) e all'uopo si saranno adoperati anche differenti vocaboli per tener distinti i due diritti, benchè nell'uso comune corresse una sola parola, giustificata dai punti di contatto che, specialmente a quei tempi, intercedevano fra quei diritti. Nè poi la dimostrazione persuade: *adrogatio* e *testamentum* sono nelle origini loro informati e disciplinati dal diritto pubblico e pontificio: noi conosciamo ora come questi due diritti sorsero e si svilupparono in Roma parallelamente al diritto privato, ma sempre con piena indipendenza. Alcune concezioni, per es. kuntziane, sono ora giustamente reiette. Finchè noi possiamo rifare il cammino percorso dalla *mancipatio*, non troviamo traccia di un'ingerenza diretta del popolo e dello Stato. Vedere nei testimoni l'ultimo avanzo della intera partecipazione del popolo mi par cosa audace. Come possiamo noi pensare che l'antica popolazione latina sparsa per i solitari casolari nella vasta campagna si dovesse (con quanto incomodo ognuno lo vede) radunar tutta quanta per presenziare, poniamo, la permuta di un bue contro dieci pecore? Nè, a veder bene, vi rispondono le analogie. In Omero ed Esiodo troviamo attestato e inculcato l'uso di assumere testimoni, cosa (specialmente in popoli non avvezzi alla scrittura) troppo naturale. È pur facile il supporre che, per gli atti più importanti, si venisse fissando con l'uso un numero minimo di testimoni. E così anche dovette essere nel Lazio. Introdotto l'*aes signatum*, e diventata obbligatoria o per consuetudine o per legge la formalità dell'*aes et libra*, si spiega come si mantenesse la generale costumanza, originariamente in vigore per i contratti, applicandola a quel modo di trasferimento del dominio che il diritto riconosceva ora come esclusivamente efficace.

Sono, in complesso, ben riuscite le indagini su la forma, l'oggetto e gli effetti della *mancipatio*. La trattazione della famosa controversia, se oggetto della *mancipatio* potessero essere le sole *res mancipi*, è assai

bene condotta: l'A., che accetta le conclusioni del Voigt (ed ha in questo pienamente ragione), aveva già svolto questa tesi in un elegante articolo (1), nel quale, se non grande novità di argomenti, si poteva lodare la felice esposizione. Nella questione poi sul contenuto giuridico della *mancipatio* si stacca, com'era da aspettarsi, dal Leist; e qui pure a proposito. Un punto, invece, rispetto al quale non so interamente condividere le conclusioni dell'A. è quello che concerne la *lex mancipii*. Egli sostiene (2) che la *lex mancipii* fosse sempre detta al *mancipio accipiens* dal *mancipio dans*, e ribatte la dottrina voigtiana secondo la quale essa poteva dirsi tanto dall'uno quanto dall'altro, ed anzi detta dall'uno si doveva dall'altro ripetere. In quest'ultima parte credo anch'io difficile seguire il Voigt; ma non così nella prima. Anzi, il Voigt può recare, in favore della tesi che anche il *mancipio dans* proferiva la legge, dei passi dai quali non riesce l'A. a liberarsi. In Cic. *de or*. 1, 39, 178: " Cum - - - M. Marius Gratidianus aedes Auratae vendidisset neque servire quandam earum aedium partem in mancipii legem *dixisset* ", voler trovare la fase anteriore e preparatoria dell'atto (3) non è molto serio. Il testo è troppo chiaro in contrario. Nè alcuna importanza ha l'osservazione che le XII Tavole dicono: " cum nexum *faciet* mancipiumque, uti lingua *nuncupassit* ", al singolare. Tale testo non esige affatto che una sola delle parti debba in ogni caso poter dire la *lex mancipii*; anzi, le parole di esso, che suonano impersonali, si possono applicare tanto all'una quanto all'altra delle parti stesse. Nè mi par riuscita la prova della tesi che la *lex mancipii* riguardasse il *mancipio accipiens* esclusivamente. Si ponga, per es., il caso della costituzione di una servitù a favore del fondo mancipato e a carico di un fondo del mancipante: si può realmente dire che " tali servitù sono imposte dalla naturale situazione dei luoghi, presuppongono la destinazione del padre di famiglia e sono generalmente tali che il loro difetto renderebbe la cosa trasferita meno atta al suo fine e darebbe luogo in conseguenza ad una eventuale azione del *mancipio accipiens* "? O chi ha detto al Longo tutto questo? Certo dai testi non appare (4). Di quale azione poi egli intenda parlare, non mi è chiaro: l'*actio auctoritatis* non potè avere in origine tanta estensione.

Attendiamo ora con impazienza il secondo volume, che tratterà la parte speciale, e certo riuscirà molto importante. Specialmente l'argomento della *fiducia* e della *lex fiduciae*, per la trattazione del quale i nuovi studi sulle interpolazioni delle fonti offrono così importanti materiali, merita di essere riveduto per intero. Forse si dovrà abbandonare affatto l'idea di connettere il *pactum fiduciae* con le *leges mancipii*: certo bisognerà assegnare a quel patto un'origine assai più recente di quella che di solito non si propenda a pensare.

---

(1) In *Archivio giuridico*, 36, 1886, pp. 303-332.

(2) Vedi p. 147 sgg.

(3) Vedi p. 150.

(4) Cfr. soprattutto D. 8, 4, 6 pr. (tolte le interpolazioni).

Pietro Bonfante, “ *Res mancipi* „ *e* “ *nec mancipi* „, fascic. I. - Roma, 1888 (*).

L'argomento che forma oggetto di questo lavoro, e gli argomenti che vi si connettono più strettamente, costituiscono da qualche anno il tema favorito dei giovani e valorosi romanisti italiani, per i quali le molte difficoltà offerte da esso riescono piuttosto di sprone che non di ostacolo e di sgomento. Il più recente fra gli studi di cui tale tema forma oggetto è quello del Bonfante: finora ne è apparso solo il primo fascicolo, ma (ci affrettiamo a soggiungerlo) è assai desiderabile che non tardi la pubblicazione del secondo. È un lavoro molto accurato e pensato: l'A. mostra di possedere anche una notevole cultura filologica (per simili lavori indispensabile), e di essere uno dei non molti giuristi italiani che s'intendono di latino; allo studio ed alla cultura egli aggiunge poi un acume critico ed una felicità di esposizione che fanno sperare moltissimo della sua attività futura.

In questo primo fascicolo si contiene una trattazione critica delle dottrine altrui, e poscia la esposizione delle idee proprie dell'A. intorno al significato della espressione, all'enumerazione delle *res mancipi* e all'epoca della distinzione. Io sono molto in dubbio sulla opportunità di approvare tale criterio adottato nell'orditura del lavoro: certo, esso rende meno chiaro al lettore il processo della indagine e la concatenazione degli argomenti, e costringe inoltre l'A. a ripetersi frequentemente. A me pare che la fusione della parte critica con la parte ricostruttiva sarebbe stata più efficace e desiderabile. Inoltre, in qualche punto della parte critica si bramerebbe un migliore raggruppamento delle varie teorie. Intorno al carattere della distinzione, l'A. classifica le varie teorie in “ razionali „ e “ storico-giuridiche „. La classificazione ha certo un fondamento di vero; ma la *quaestio de finibus* è così delicata, e poi l'intreccio dei due elementi è così comune nelle varie teorie, che io non lo saprei approvare. Giacché alcune teorie che l'A. pone fra le storiche si connettono nella successione scientifica ad altre poste fra le razionali e viceversa; e a me in tali rassegne critiche delle varie dottrine ciò che soprattutto importa è appunto questo rapporto genetico.

Sulle idee proprie dell'A. converrà differire il giudizio al termine della pubblicazione: chè allora solamente, avendo davanti il suo sistema completo, le singole opinioni si faranno luce reciproca, e ne riceveranno dall'insieme ricostruito. Su qualche punto si può tuttavia già discorrere. Anzitutto, devo confessare che mi hanno colpito le giuste osservazioni dell'A. sulla grafia di *res mancipi* e *nec mancipi*, contro la quale ho peccato pubblicamente anch'io. E confesso parimenti che l'esatta grafia mi pare un indice della notevole antichità della classificazione, cristallizzatasi e mantenutasi in forma ormai vieta, per quanto non vegga la necessità di risalire ad un *mancupium* (o ad un *mancipium* in senso diverso dal

(*) [In *Monitore dei tribunali,* 29, 1888, p. 296].

A proposito di D. 30, 84, 13, si sarebb[illegible]ggio latino. Basta, mi pare, ammettere *imminente*: la scelta dell'azione [illegible] vario senso nel latino a noi conosciuto, il magistrato; il *iudex* è per [illegible] forma tecnica nell'antica giurisprudenza (1). Contro poi le osservazioni per quanto concerne l'accento: poco mi perrebbero nate in [illegible]za di un autore, come Prisciano, vissuto in epoca rispond[illegible] in Oriente: le sue oscillazioni, di cui l'A. discorre (2), provano bensì in favore della grafia da questo adottata, assai meno per l'accento. Anche dopo la lettura delle belle avvertenze dell'A. (3), permangono in me i dubbi circa l'epoca della distinzione: che questa risalga alla vetusta *interpretatio fori*, e insomma più in là che il Voigt non conceda, mi pare sicuro; che risalga oltre ancora, non altrettanto. L'espressione *constituebatur* in Gai. 2, 16, che a ragione s'era imposta al Cogliolo e ad A. Longo, non è bene spiegata dall'A.: il *constituere* è tecnico per significare l'opera della giurisprudenza, il lavoro cosciente e riflesso dei giureconsulti. Da Gai. 2, 47 non si può argomentare con troppa sicurezza, poichè, se le XII tavole avessero vietato alla donna, che era in tutela degli agnati, di mancipare *sine auctoritate*, il giurista poteva benissimo applicare quel testo all'alienazione delle *res mancipi*, le sole per cui (al tempo suo) la *mancipatio* fosse necessaria e, secondo i più, possibile. Tant'è vero che Gaio non dice che le XII tavole sancirono tal regola per l'alienazione delle *res mancipi*; ma, dopo averla esposta, aggiunge che il fondamento di essa era nelle XII tavole, cosicchè il testo gaiano si spiega anche per il caso che i decemviri ignorassero la distinzione, senza per questo tacciare d'ignoranza l'istituzionista elegante. Nè, poi, io credo che dobbiamo troppo atterrirci davanti all'idea di un'originaria necessità della *mancipatio* per ogni genere di cose; poichè la maggior parte delle contrattazioni quotidiane soleva rimanere nel campo del fatto senza passare in quello del diritto (4), e come realmente avvenissero le contrattazioni di minor conto in Roma vediamo dal trattato *de re rustica* di Varrone, secondo che all'A. pur piace di intendere (5).

Ed anche a me parrebbe bene che qua e là alcune espressioni troppo vive si temperassero, e che tanto il giudizio su antichi quanto la polemica con moderni fossero meno recisi.

Ma, insomma, chiunque legga dovrà conchiudere: se ne scrivessero tanti, oggi, di questi libri!

---

(1) [Si cfr. anche FERRINI, voce *Mancipium* in *Enciclopedia giurid. ital.*, vol. IX, parte II, 1901, p. 593 sg.].

(2) Vedi p. 24.

(3) Vedi p. 114 sgg.

(4) Cfr. UBBELOHDE, *Zur Gesch. der ben. Realcontr.*, 1870, p. 42; BEKKER nella *Ztschr. f. d. ges. Handelsr.*, 4, 1861, p. 504 sg.

(5) Vedi p. 109 sg.

Teresio TRINCHERI, *Studi sulla condizi...* ... *" nec mancipi "*, fascic. I. - Roma, 1888 (*).

È una buona e opportuna monografia. L'A. ... uesto lavoro, e gli argomenti larga conoscenza delle fonti e della letteratura, illustra... ... iscono da qualche anno il l'esposizione storica delle condizioni sociali il corso delle istitu... ... italiani, per i quali le giuridiche. ... non di

In qualche punto non sarebbe stato discaro qualche ulteriore esame: per esempio, sulla definizione tuberoniana del peculio in confronto delle recenziori e sulle cause dei mutamenti; sulla possibile o probabile influenza indiretta del Cristianesimo sul diritto prima di Costantino (1); etc. quanto si dice a p. 49 sg. non basta: un cenno su alcuni importantissimi monumenti primitivi (per es., sull'epistola a Filemone) avrebbe illuminato assai l'argomento. Strano pure che a p. 50 sgg. non si tocchi della *manumissio in S.S. Ecclesiis.*

Ma, nel complesso, il lavoro va assai lodato; ed è da sperarsi che l'A. presto ce ne offra altri, pari a questo suo primo ed egregio conato.

Alfredo ASCOLI, *Sul senatusconsulto Neroniano.* - Bologna, 1888 (estr. dall'*Archivio giuridico*, 40, 1882, pp. 329-357).

I (**).

Il giovane e valoroso Autore di questa monografia ha dato qui pure saggio di quella soda dottrina e di quell'acume sicuro che già si erano ammirati in altri suoi lavori. L'importanza del tema preso a trattare dà poi un singolare interesse a questo suo studio. I risultati precipui del quale possono dirsi i seguenti:

a) non è vero che in seguito al SC. Neroniano anche i legati *per vindicationem* validi generassero un'azione personale;

b) neppure per i legati salvati *ex Neroniano* esisteva nel diritto classico duplicità di azione, personale e reale;

c) anche l'*utilis actio* di cui in Vat. fr. 85 era un'azione personale.

Sul primo punto, io credo che ormai non sia più possibile una contraddizione. Gli ultimi studi sulle interpolazioni nelle Pandette, di cui a proposito s'è valso l'A., rendono evidente che i testi ordinariamente addotti per la tesi contraria sono stati profondamente rimutati dai giustinianei. Parecchie anche delle osservazioni proprie dell'A. sono notevoli.

(*) [In *Archivio giuridico*, 41, 1888, p. 211].

(1) [Cfr. FERRINI, *Pandette*, p. 57 sg.].

(**) [In *Archivio giuridico*, 41, 1888, pp. 206-209; vedi anche la notizia bibliografica in *Bullett. dell' Istit. di dir. rom.*, 1, 1887, pp. 233-234: *infra*, p. 469].

A proposito di D. 30, 84, 13, si sarebbe anche potuto notare la frase *iudice imminente*: la scelta dell'azione era cosa da farsi *in iure* e quindi avanti il magistrato; il *iudex* è per il diritto classico affatto fuori di posto [1]. Contro poi le osservazioni dell'Arndts [2] circa le incongruenze, che sarebbero nate in pratica, ove si fosse seguita la teoria qui difesa, l'A. risponde assai bene; avrebbe anche potuto aggiungere che, del resto, uguale sarebbe il caso di colui cui fosse stata legata *(per damnationem)* una cosa propria di un terzo: chè pure in tal caso l'efficacia dell'azione personale pende dall'inefficacia della reale, e viceversa.

Circa gli altri due punti, in cui io non consento con l'A., debbo anzitutto dichiarare che, quando la giurisprudenza romana (dopo Nerazio) ha concesso nei casi di legati salvati *ex Neroniano* un'azione reale utile [3] (come io persevero a credere), ciò dovette avvenire nei limiti in cui una *vindicatio* in genere era possibile (come fu più tardi per ogni legato o fedecommesso secondo il diritto giustinianeo): e cioè deve ritenersi che un'*utilis vindicatio* si desse ove si trattasse di *corpus* che, alla morte del testatore, appartenesse al patrimonio di lui. E, a ben vedere, questa opinione mi pare l'unica atta a dissipare le difficoltà che i testi presentano. L'osservazione che in tal modo un legato salvato *ex Neroniano* avrebbe potuto avere efficacia maggiore di un legato saldo *per vindicationem* è speciosa, ma non decisiva. Anzitutto, qui si tratta di svolgimenti storici e non di procedimenti logici; e, poi, la misura in cui la duplicità delle azioni era concessa era così limitata, da non sembrare troppo strana quella differenza di trattamento: la quale riparava a troppe altre iniquità cui si sarebbe andati incontro con un diverso sistema.

Vat. fr. 85 fa il caso di un legato di usufrutto salvato con il Neroniano, e dice che, siccome il Senatoconsulto tien saldo il legato come se fosse lasciato *per damnationem* e la *damnatio partes facit*, il *ius adcrescendi* avrebbe dovuto essere escluso. Per l'autorità di Nerazio tuttavia si ammette che tale diritto si possa far valere con un'*actio utilis*, giacchè " in Neroniano - - - exemplum vindicationis sequimur ". Che tale azione utile si desse solo nei casi, in cui la cosa appartenesse al patrimonio ereditario al tempo della morte del testatore, è ipotesi certo non esclusa dalla frase " si rei alienae ususfructus legetur ", che si riferisce all'epoca del testamento, e che è resa necessaria dal riflesso che altrimenti si imporrebbe uno straordinario gravame all'erede, obbligato per la seconda volta ad acquistare la parte di usufrutto consolidatasi con il dominio del terzo. Riguardo al quale, sicuramente non si potrebbe discorrere nè di diritti nè di azioni reali. Ristretto così il campo in cui tale diritto si poteva far valere, siamo naturalmente ricondotti all'*exemplum vindicationis*: unico fondamento del diritto di accrescimento era per il

---

(1) Cfr. Ferrini, *Teoria gen. dei legati e fedecomm.*, p. 29, n. 2.

(2) *Die Lehre von den Vermächtnissen*, I, p. 40 sgg.

(3) [Vedi *infra*, p. 469 n. 1].

diritto classico il legato di proprietà, e, poichè l'azione con cui tale diritto si faceva valere era per l'essenza stessa di quel diritto un'azione reale, l'*utilis actio* nel nostro caso non avrebbe potuto essere di diversa natura. Io, poi, ignoro che mai si dessero azioni personali utili a similitudine di azioni reali o viceversa. L'*exemplum* significa precisamente il tipo su cui si esempla l'azione utile, come in Vat. fr. 83 si esorta il pretore a concedere un'azione utile per esperire il diritto di accrescimento, qualora la porzione di usufrutto si fosse consolidata presso uno dei collegatari, " subsecutus exemplum iuris civilis ", ossia sul tipo dell'azione reale spettante per diritto civile. Ora, " exemplum iuris civilis " qui significa nè più nè meno che " exemplum vindicationis ". Spiegato così Vat. fr. 85, io non ho difficoltà ad ammettere che, nei casi ove in genere di rivendicazione si potesse parlare, la giurisprudenza concedesse un'*utilis vindicatio* per i legati salvati *ex Neroniano*; ed anzi a me pare che il rimedio insegnato in quel passo non sia (come anche dal contesto risulta) che un'applicazione particolare di una regola assai più generale.

E così solo si possono spiegare vari passi delle Pandette, che sono bensì gravemente interpolati nel senso che farebbero scendere da ogni legato doppia azione, ma nei quali non credo si possa negare il rapporto con un caso concreto, in cui tale doppia azione si concedesse. Tale è il famoso D. 30, 33 di Paolo. L'Ascoli cancellerebbe anche la frase " etiam si alter vindicet, alter ex testamento agat "; ma questa, a dir vero, non presenta traccia di interpolazione: che " plures " diventino due non è strano, poichè anche di due legatari si può dire che sono *plures* (1), Tale è anche D. 31, 76, 8 di Papiniano, dove potranno essere parecchie omissioni, ma dove pur non si scorge l'impronta dei giustinianei. Riferire il passo al caso che il testatore si sia valso della duplice formula di vindicazione e di dannazione, non è spiegazione probabile, poichè in tal caso Papiniano non si esprimerebbe così: " non enim ea mente datum est legatariis pluribus actionibus uti etc. ", il che accenna ad una concessione generale ed estrinseca al testamento. Nè si direbbe bene che " il legatario non può dividere in parti il legato ", ma si dovrebbe dire che " il legatario non può far valere parzialmente un legato e parzialmente un altro "; giacchè, come altrove riconosce pur l'A., se il testatore si vale di più formole, s'intende che a scelta del legatario lascia vari legati. S'aggiunga il responso di Giuliano in D. 30, 108, 2 e in D. 30, 84, 13. Questi due passi vanno congiunti non solo perchè derivanti dallo stesso giureconsulto, ma perchè vi si usa nel medesimo senso la frase " qua actione uti velit ". Con la quale osservazione io ritiro l'esegesi che del primo

(1) L'A., poi, a p. 342 del suo lavoro, non è affatto scevro di petizioni di principio, assumendo come criterio per riconoscere l'interpolazione di alcune frasi quanto si dice in altre interpolate. Inoltre, ognuno vedrà essere poco probabile che, se il passo pauliano avesse avuto la forma cui lo riduce ivi l'A., i compilatori ne prendessero occasione per un'interpolazione così vasta.

passo ho dato altrove (1). Il fatto che la stessa frase è usata due volte nello stesso senso rende certamente meno probabile l'interpolazione. Con tale spiegazione D. 30, 108, 2 è benissimo illustrato. In caso di Neroniano la scelta spetterà al legatario o all'erede? Secondo gli antichi e rigidi principii di Sabino, si sarebbe dovuto rispondere: all'erede; ma poichè fu ammessa l'*utilis actio* (qui si tratta di un *legatum generis* cadente su cose esistenti nel patrimonio del testatore al tempo della sua morte) *in rem*, era giusto concedere l'*electio* al legatario, che, avendo la scelta delle azioni, avrebbe anche potuto istituire la *rei vindicatio*. Che il passo si riferisse al *legatum sinendi modo* non è per il suo contenuto affatto verosimile. Certo qui non poteva essere discorso di duplice formola usata dal testatore, giacchè in tal caso, secondo che il legatario si fosse deciso per l'uno o per l'altro legato, avrebbero avuto luogo le regole dell'uno o dell'altro tipo: nè ci sarebbe stato da discutere. E, poi, c'è D. 31, 85 di Paolo.

Ora, in tutta questa serie di frammenti si potranno rilevare bensì numerose interpolazioni ispirate dal diritto nuovo; ma non sarà facile persuadersi che queste continue menzioni di duplicità di azione reale e personale, e queste continue discussioni sugli effetti di essa, non avessero altro fondamento che le interpolazioni medesime e non trovassero appiglio veruno nei testi originari (2).

II (*).

La monografia dell'Ascoli tratta elegantemente il tema. Soprattutto è importante la confutazione della teorica comunemente diffusa, secondo la quale in seguito al Neroniano ogni legato *per vindicationem* avrebbe generato azione duplice, reale e personale. Le osservazioni dell'Arndts (3) trovano qui un'acconcia risposta. Ma va troppo oltre, a mio avviso, l'A. quando sostiene che pur nei casi di legato *do lego* salvato *ex Neroniano* si desse soltanto azione personale. Secondo l'A., azione personale è anche l'*actio utilis* accordata in Vat. fr. 85. A me pare invece che siano nel vero

---

(1) Nel lavoro *Studi sul "legatum optionis"*, in *Memorie dell' Ist. lomb.*, 17, 1885, p. 219 [*supra*, p. 277 n. 1]; cfr. *Teoria gen. dei legati e fedecommessi*, p. 269.

(2) [Su questa duplicità di azione vedi FERRINI, *Studi sul "legatum optionis"*, in *Mem. dell' Ist. lomb.*, 17, 1885, p. 185 sg. (= *supra*, p. 279 sg.); *Legati e fedecommessi*, p. 26 sgg., e particolarmente p. 659 sgg.; in *Bullett. dell' Istit. di dir. rom.*, 3, 1895, p. 71 (= *Scritti*, I, pp 305-306); in *Monitore dei tribunali*, 33, 1892, p. 463 (= *supra*, p. 392)].

(*) [In *Bullett. dell' Istit. di dir. rom.*, 1, 1888, pp. 233-234; vedi anche la recensione in *Arch. giurid.*, 41, 1888, pp. 206-209 (= *supra*, pp. 466-469)].

(3) *Vermächtnisse*, I, p. 40 sgg.

i parecchi scrittori i quali sostengono che in quei casi (almeno da Nerazio in poi) accanto all'*actio ex testamento* si solesse ammettere un'*actio utilis* di natura reale: naturalmente si deve sottintendere "purchè, in genere, un'azione reale fosse possibile„. Siamo dunque ricondotti ai casi in cui la cosa sia stata nel dominio (almeno bonitario) del testatore al tempo della sua morte; ai casi, insomma, in cui l'*exemplum vindicationis* più che mai urge e s'impone. L'*actio utilis* concessa in Vat. fr. 85 doveva pure essere ristretta a tali casi. Infatti, se si ammette trattarsi dell'usufrutto di cosa non pertinente al testatore, nemmeno *mortis tempore*, e se si pensa che l'erede abbia dovuto far prima costituire l'usufrutto a se stesso per cederne poi l'esercizio al legatario, non si comprenderebbe come alla perdita di tale usufrutto potessero dare origine motivi particolari ai legatari singoli. E se poi si ammettesse che l'usufrutto del *dominus* si costituisse ai singoli legatari a carico dell'erede, non si vedrebbe come mai potesse imporsi all'erede anche l'onere di far ricostituire le porzioni di usufrutto consolidatesi per l'amissione da parte dei singoli nuovamente a sue spese. Pare anche che un'*actio utilis* debba essere della stessa natura dell'azione tipica; come reale deve credersi l'*actio utilis* raccomandata in Vat. fr. 83 *ad exemplum iuris civilis*, così reale deve stimarsi questa *ad exemplum vindicationis*. Nel diritto classico il *ius adcrescendi* è essenzialmente reale, ed è reale l'azione che tende a farlo valere. Un'azione personale, pur diretta a ottenere praticamente simili effetti, è incompatibile con lo spirito che nel diritto classico governa tutto questo istituto.

A. Ascoli, *Alcune osservazioni sul diritto di scelta nei legati alternativi e di genere*. - Roma, 1888 (estr. dal *Bullettino dell' Istit. di dir. rom.*, 1, 1888, pp. 83-94) (*).

In questa monografia l'A. osserva come, mentre Inst. 2, 20, 22 dà la regola circa la scelta nel legato di genere, riguardo al legato alternativo troviamo numerosi testi nelle fonti da cui si può desumere che la scelta spetti al legatario se il legato fu ordinato con disposizione diretta immediatamente al legatario (come già nel legato *per vindicationem*), e che invece spetti all'erede se fu semplicemente imposto all'erede di dare. Per questa strada io non posso seguire l'A, e continuo a ritenere che Inst. 2, 20, 22 contenga per il diritto giustinianeo la regola ordinaria (per il caso in cui una *vindicatio* del legato fosse possibile) non solo per il legato di genere, ma anche per l'alternativo che da quello

(*) [In *Bullettino dell' Istituto di diritto romano*, 1, 1888, pp. 234-235. Vedasi del Ferrini anche l'aggiunta in *Teoria generale dei legati e fedecommessi*, pp. 701-705].

nel diritto romano sostanzialmente non differisce (¹). Che Inst. 2, 20, 22, nonostante la sua formola generale, debba interpretarsi con quella limitazione, non è strano: la stessa regola che il legato produce nel diritto nuovo duplice azione, reale e personale, è nelle fonti giustinianee espressa con termini generici, eppure niuno si crede autorizzato ad applicarla indifferentemente ad ogni legato. I testi citati, che mantengono ancora ricordo delle antiche differenze fra legato *per vindicationem* e legato *per damnationem*, non hanno importanza alcuna per il diritto nuovo. Ricorderò solo come i testi delle Pandette escludano sempre il *ius adcrescendi*, ove il testatore abbia usato la formola della *damnatio* (D. 30, 16 pr.; 34, 9; 84, 8. 31, 7; 17, 1; 89, 2. 32, 38, 2; 41, 9); il che è in aperta contraddizione non solo con la costituzione *de caducis tollendis* (emanata circa un semestre dopo i Digesti, ma nella sostanza già prima fissata), ma anche con le Istituzioni. E così dicasi circa parecchi altri punti di questa materia, innovati nel diritto giustinianeo. In D. 30, 71 pr. non troviamo, del resto, concessa la scelta agli eredi in un legato generico, contro Inst. 2, 20, 22? L'A. distingue fra il legato di genere " più ristretto e limitato ,,, in cui si applicherebbero i principii del legato alternativo, e il legato di genere " ampio e indeterminato ,,, a cui si adatterebbe Inst. 2, 20, 22. Ma, anzitutto, tale distinzione è arbitraria di fronte a questo passo delle Istituzioni; legato generico chiamano, del resto, le fonti (per es. D. 33, 5, 2, 1) quello " ristretto e limitato ,,: che anzi, se tale non fosse, neppure sarebbe valido. Esagerano i pandettisti che dicono invalido il legato di genere " ove non sieno nel patrimonio del testatore cose del genere designato ,,; ma occorre però sempre che il testatore delimiti il campo della scelta, se almeno si tratta di cose infungibili. Altrimenti (se si tratti di cose fungibili) siamo nel caso del *legatum quantitatis*, che è una specie del *legatum generis*, dove però il carattere delle cose legate basta a delimitare sufficientemente i confini della scelta, perchè il legato sia valido. Se io lego " una statua ,, e ho statue nel mio patrimonio, s'intende che il *legatum generis* a queste si restringa; e se statue non ho, il legato si reputa " magis derisorium quam utile ,,, semprechè io non abbia altrimenti designato i termini della scelta (per es., " una delle statue di Caio ,,). Perchè poi intendere per *legatum generaliter relictum* cosa tutta diversa da quella che attestano le fonti avere inteso i romani?

Finalmente, si noti che quella particolare configurazione data dall'A. alla dottrina bizantina riesce poco conciliabile con la piena libertà di formole nel diritto giustinianeo. Se il testatore dice: " l'erede mio dia a Tizio, Stico o Panfilo ,,, può darsi che risulti probabile la volontà sua che l'erede scelga (quantunque ciò potrebbe anche non risultare altrettanto chiaro); mentre se dice: " Tizio si prenda Stico o Panfilo ,,, si potrà credere più verosimile che la scelta debba al legatario conferirsi. Ma se il testatore usasse una formola impersonale: " voglio che o Stico o Pan-

---

(¹) Come ho cercato di chiarire anche in *Legati e fedecomm.*, p. 280 sg.

filo pervenga a Tizio „, come ci si dovrebbe regolare? E se usasse formole di questa natura: “ si accontenti Tizio di Stico o di Panfilo „, quale sarà il temerario che oserà dire che dalla formola, perchè rivolta a Tizio, appaia la volontà di conferire a questo la scelta? (1).

La dottrina ascoliana non è certo un miglioramento della brinziana, poichè o indurrebbe (qualora per *legatum generis* si intendano anche quelli di genere “ ristretto o limitato „) una non giustificata distinzione fra legati di genere e legati alternativi, o vuole intendere per i legati generici di cui a Inst. 2, 20, 22 figure diverse da quelle che le fonti chiamano legati generici: cioè figure che o non sono riconosciute valide o ricascano nel tipo dei legati di quantità.

Ch. Appleton, *Histoire de la propriété prétorienne et de l' action Publicienne*, vol. I-II. - Paris, 1889 (*).

È, diciamolo subito, un' opera molto importante, e scritta da un profondo conoscitore del diritto romano. L' Appleton, professore di diritto romano a Lione, e già professore di diritto francese a Berna, è indubbiamente uno dei migliori insegnanti di cui si onorino le Facoltà giuridiche della Francia; alcuni suoi articoli, come, per es., quello sulla condizione risolutiva (2) e l' altro sulla restituzione della clausola e formula della Publiciana (3), lo avevano già reso noto anche agli studiosi non francesi.

L' opera di cui parliamo è una larga monografia, condotta con buon metodo e con buona armonia: le idee del Brinz sull' essenza della *bonae fidei possessio* vengono riprese e sviluppate; e pure riprese e sviluppate (con notevoli modificazioni) vengono le idee dello Schulin su la competenza e la funzione della Publiciana. Il tutto viene coordinato e arricchito di felici e geniali osservazioni, di raffronti inaspettati con la giurisdizione moderna, e di esegesi nuove e degne di essere considerate.

La serie degli argomenti è la seguente. L' Autore comincia con il sostenere l' identità del dominio bonitario o della proprietà pretoria con il diritto tutelato dalla Publiciana, e con lo stabilire in che differisca tale proprietà dal dominio quiritario: ne conchiude che la proprietà pretoria può essere relativa e temporanea, mentre il dominio quiritario

---

(1) I §§ 390 e 391 dell' *Allg. Landr.* prussiano contengono presunzioni che completano la disposizione generale del § 388. Nel diritto giustinianeo una tale disposizione generale (che sarebbe anzitutto necessaria) mancherebbe adunque affatto per i legati di genere “ ristretto e limitato „, nonchè per gli alternativi.

(*) [In *Monitore dei tribunali,* 30, 1889, pp. 743-744].

(2) In *Nouv. rev. hist. de droit,* 3 (1879), pp. 227-255.

(3) In *Rev. gén. du droit, de la législ. et de la jurispr.*, 10, 1886.

è sempre assoluto e perpetuo. Tratta dell'origine della Publiciana, che egli scorge nelle *vindiciae* dell'antica *legis actio*. Viene quindi alla restituzione dell'editto e della formula: egli sostiene la unicità dell'uno e dell'altra. Fra la clausola e la formula ci sarebbe stato il passaggio: « Ei, qui bona fide emit, talem formulam dabo ». Contro tale opinione (già emessa dallo Schirmer) sta in verità l'obbiezione che tali passaggi sono — a nostra notizia — affatto estranei alla redazione dell'Editto. In generale, in questa parte relativa alla ricostruzione edittale, l'Autore è stato più felice nella critica degli altrui conati che non nel proprio tentativo. La finzione della formula *annum* (o *biennium*) *possedisset* si deve riferire non al tempo contato a partire dalla tradizione, ma al tempo contato retroattivamente dalla contestazione di lite: questa mi sembra un'osservazione assai giusta e importante, e di essa si vale poi bene l'A. Con l'enumerazione degli obbietti cui si estende e di quelli cui non si estende la Publiciana, termina la prima parte dell'opera.

Nella seconda parte si studiano i modi di acquisto della proprietà pretoria. Secondo l'opinione probabile dell'A., essa e la Publiciana si stabilirono in origine per il caso di compravendita, e si estesero poi alle altre *iustae causae*. A proposito della prima (di cui largamente il libro si occupa), l'A. accentua che per l'acquisto della proprietà pretoria basta il contratto susseguito dalla tradizione, e non è necessario nè pagamento di prezzo nè garanzia nè l'*ire in creditum* da parte del venditore. Quindi l'A. mostra come il concetto della *iusta causa* si applicasse ai prodotti e alle parti staccate di una cosa, e come in tutta questa materia la dottrina della Publiciana procedesse parallela a quella della usucapione. Storicamente il requisito della *iusta causa* deriverebbe dalla negata usucapione delle cose rubate; la *iusta causa* sarebbe l'insieme delle circostanze, che nel caso concreto escluderebbero l'idea del furto, per cui (soprattutto in origine) il titolo non si sarebbe richiesto che come giustificazione della buona fede. Con un'analisi dei titoli precipui si chiude il primo volume.

Nel secondo volume continua la seconda parte, e ci si parla delle eccezioni *iusti dominii*, di una Publiciana usuale, della Publiciana competente al domino quiritario, e infine della pretesa Publiciana rescissoria.

La terza parte si occupa della perdita della Publiciana, e soprattutto insiste sul punto che spesso, estinta la proprietà quiritaria, la pretoria perdura. Tale sarebbe il caso dell'alienazione estorta con violenza; della pittura su tavola altrui (secondo la teoria esposta in Gaio e accolta da Giustiniano); dell'albero che ha messo radice nel terreno altrui; della specificazione di materia altrui. Lo stesso ordine di idee applica l'A. alle donazioni sotto condizione risolutiva, e in ispecie alla *donatio mortis causa*. Nei casi invece della *lex commissoria* e dell'*addictio in diem*, non si trasmetterebbe la proprietà quiritaria immediatamente, ma solo l'*habere in bonis* risolubile. Così l'A. esclude assolutamente che il dominio quiritario fosse mai nel diritto romano relativo, temporaneo e risolubile.

Il diritto giustinianeo, in massima, mantiene il carattere di perpetuità al dominio; l'*utilis rei vindicatio* compete però in taluni casi a chi non

è realmente domino. Sparite le differenze formulari, è naturale del resto che nel diritto nuovo la rivendicazione sia un *quid* di misto dell'antica Publiciana e dell'antica *rei vindicatio*. Il che ha soprattutto grande importanza rispetto alle esigenze della prova. Secondo l'A., tale sarebbe tuttavia la natura della rivendicazione sotto l'impero delle leggi francesi; il suo ragionamento è del resto applicabile anche al diritto nostro. E tale soluzione mi pare la migliore: essa tronca la vecchia e viva controversia sul punto se il nostro diritto conosca la Publiciana (1).

In una così ampia trattazione è naturale che sienvi parecchi punti in cui uno non crede di dover seguire l'Autore. Ma qui non gioverebbe trattenersi su questioni particolari. Basti dire che sempre quanto l'A. espone fa pensare il lettore; e mi pare che, per un vasto trattato di materia assai controversa, questo sia l'elogio migliore. Alcune lievi inesattezze appena meritano di essere rilevate. Così lo Stefano autore dell'Indice dei Digesti, antecessore costantinopolitano, non va confuso (come invece fa più volte l'A.) con lo Stefano avvocato della prefettura d'Oriente, e membro della commissione per la compilazione dei Digesti: lo Stefano *indiceuta* fiorì quasi mezzo secolo più tardi.

Si abbia dunque l'egregio Autore le nostre vive congratulazioni e la nostra gratitudine per il sapiente contributo recato a così disputato argomento.

J. E. KUNTZE, *Der " servus fructuarius " des röm. Rechts*. - Leipzig, 1889 (*Festg. d. Leipz. Juristenfak. f. Ad. Schmidt*, Leipzig, 1889) (*).

I moderni trascurano spesso quelle parti del diritto romano che si riferiscono a istituzioni non più vive nei diritti attuali. Tuttavia la negligenza non è così diffusa nè l'ignoranza in proposito così deplorevole, come invece erano prima che la scuola storica risvegliasse l'interesse per ricerche di tale natura. Ora, tali ricerche non hanno solo importanza per la conoscenza storica del diritto: questo errore è pur troppo assai comune. Esse sono importantissime per la dommatica: senza lo studio profondo di tali istituzioni molte volte non si riuscirebbe a comprendere in tutto il loro momento taluni degli stessi principii fondamentali del diritto romano, che forse qui più che altrove hanno avuto uno svolgimento non perturbato ed un'applicazione meravigliosamente sicura. Basti accennare alle savie parole con cui il Bechmann inizia il suo notevole studio sul *ius postliminii*, dal quale ricava parecchie osservazioni sullo stato di pendenza dei rapporti giuridici (2). Recentemente il possesso

---

(1) [Su questo punto vedasi anche la breve nota del Ferrini in *Annuario critico di giurispr. pratica*, 2, 1890, pp. 154-156: *supra*, pp. 127-130].

(*) [In *Archivio giuridico*, 42, 1889, pp. 169-170].

(2) A. BECHMANN, *Das " ius postliminii "* (Erlangen, 1872).

degli schiavi parve dar luce opportuna alla dottrina, in genere, del possesso.

Anche il libro del valente professore di Lipsia s' ispira a considerazioni analoghe. Esso raccoglie tutti i principii relativi all' usufrutto sui servi, in modo da darne un chiaro e sobrio prospetto, non senza aggiungere varie riflessioni dommatiche, che si tentano di applicare anche a rapporti giuridici attuali [1].

Dire che il libro è fatto bene, è superfluo. Solo si bramerebbe che certe questioni, soprattutto esegetiche, fossero state risolte o almeno avviate alla soluzione, anzichè lasciate così bruscamente in sospeso. E così taluni punti dommaticamente assai rilevanti (per es. quello dell' usufrutto sul servo *sine domino*) avrebbero meritato una trattazione assai più profonda e avrebbero dovuto collegarsi con altre questioni simili e poco studiate. Avviene, insomma, non di rado che l' A., giunto là dove l' importanza dell' argomento risveglia sommamente l' attenzione del lettore, la deluda, rivolgendosi subito ad altro discorso [2].

Fra i pregi del libro noto quello di avere chiarito la distinzione fra *dominium* e *potestas* in modo che, io almeno, non ricordo di avere altrove visto mai. Il che (se mi è lecita un' osservazione che mi nasce spontanea) potrebbe forse insegnare a valersi con cautela maggiore di taluni testi relativi ai servi nella intricata materia del condominio.

H. Schott, *Das " ius prohibendi " und die " formula prohibitoria "*. - Leipzig, 1889 (*).

È con grandissimo profitto che si legge questa buona ed elegante monografia dell' illustre prof. Schott. L'argomento è per se stesso attraentissimo; qui poi s' aggiunge una dottrina, una serietà di indagini ed una evidenza di ragionamento, che rendono vieppiù preziosa la monografia.

Essa è divisa in due parti: la prima si occupa del *ius prohibendi*, la seconda della *formula prohibitoria*.

Nella prima parte arriva l'A. alla conclusione che " il *ius prohibendi*, in senso tecnico, è la facoltà d' impedire definitivamente una nuova fabbrica, facoltà riconosciuta dal *ius civile* e munita dal *ius civile* del rimedio dell' *operis novi nuntiatio* ". L' A. riconosce però [3] anche l' esi-

---

[1] Si veggano, per es., a p. 77 sg., le note sulla firma commerciale

[2] Qui non discuto. In parecchie cose non sono d'accordo con il Kuntze. Che, per es., Salvio Giuliano favorisse l' equiparazione dell' usufrutto alla *pars dominii*, è un' affermazione (a mio avviso) insostenibile: contraddicono, ad es., vari frammenti relativi al *ius adcrescendi* nel legato di usufrutto.

(*) [In *Archivio giuridico*, 42, 1889, pp. 170-171].

[3] Cfr. soprattutto a p. 43 sgg.

stenza di un formale *ius prohibendi* di carattere provvisorio e che, appunto, può essere escluso o dalla *cautio ex operis novi nuntiatione* o ancora dalla *remissio*.

Nella seconda parte l'A. ammette l'esistenza della *formula prohibitoria*: questa però non sarebbe stata collocata nell'albo pretorio insieme alle formule confessorie e negatorie, ma invece insieme a quelle relative alle clausole sull' *operis novi nuntiatio*. La *formula prohibitoria* sarebbe quella con cui l'avente il *ius prohibendi*, il quale non volesse agire *per sponsionem*, poteva agire dopo che l'avversario avesse prestato la cauzione [1].

Sono lietissimo che lo Schott convalidi con la sua autorità quanto io avevo scritto sulla fede che merita " in Bezug auf Formelüberlieferung „ la traduzione stefanea. E quello che io ho scritto in proposito [2] varrebbe pienamente anche quando (come pare) gli studi sull'indice di Stefano dovessero condurre a ritenere che questo non sia che una compilazione di simili opere fatte poco tempo avanti, giacchè non si tratterebbe che di applicare alle fonti della compilazione stefanea quanto ivi fu osservato e dimostrato. Ma di ciò mi occuperò assai più a lungo e maturamente in un apposito lavoro su quel notevolissimo monumento della letteratura bizantina [3]. Invece lo Schott [4] non riproduce bene la mia opinione sull'origine della *formula prohibitoria*. Essa, in sostanza, è che all'inizio della procedura formulare si trovò qualche difficoltà a dare alla intenzione una forma negativa, e però si scelse la proibitiva. Più tardi, essendo questa insufficiente, si dovette — per i casi in cui trattavasi di cosa già compiuta, che quindi non potevasi impedire — ricorrere alla forma negativa: " *Si paret ius non esse N° N° invito A° A° tignum ita immissum habere* „ o " *ita aedificatum habere* „. E la forma negativa si estese quindi, come generale contrapposto, alla confessoria. La *formula prohibitoria* rimase, come sempre nel diritto romano i tipi vecchi rimasero accanto ai nuovi; ma non differiva dalla negatoria se non per la forma e per la più ristretta applicabilità. Nel diritto giustinianeo non ne rimasero tracce, giacchè ormai, cessate le formule, non c'era più alcuna ragione di far menzione di queste differenti intenzioni. Siccome i giuristi classici dovettero della proibitoria occuparsi rapidamente e in via subordinata, si comprende che il " *Corpus iuris civilis* „ direttamente non ne conservi alcun ricordo. Qualche ricordo indiretto

---

(1) Vedi p. 70 sgg.

(2) Negli *Studi giuridici e storici per l' VIII centenario della Università di Bologna* (Roma, 1888), p. 87 sgg. [ora in *Scritti*, II, p. 149 sgg.].

(3) [Il Ferrini non giunse a pubblicare il progettato lavoro storico-critico sull' Indice di Stefano dei Digesti: ne pubblicò una " nota preliminare „ in *Bullettino dell' Istit. di dir. rom.*, 3, 1890, pp. 61-71 (= ora in *Scritti*, I, pp. 297-306)].

(4) Vedi p. 56 sg.

però vi si può ritrovare: e tale io persisto a credere D. 7, 6, 5 pr. (1). La questione perchè non " appaia una *formula prohibitoria* in veste negativa " (2) mi pare oziosa. Per la confessoria non eransi mai manifestate quelle difficoltà concernenti la formula, che sopra abbiamo notate.

E poi è ammissibile una *formula prohibitoria* affatto astratta? Forse che, anche in seguito alla cauzione o remissione, non si sarà intentata l'ordinaria azione, che di solito sarà appunto stata una confessoria o negatoria (proibitoria)?

Lo stretto rapporto tra la *formula prohibitoria* e le servitù appare anche da un testo bizantino finora ignorato, che mi viene messo sott'occhio da quel dottissimo e infaticabile maestro che è lo Zachariae von Lingenthal. Esso si trova dove niuno andrebbe a cercarlo, cioè nello sch. τουτέστι ad Bas. 60, 16, 6 (D. 47, 7, 6, 2), Hb. V 556: - - - ὥσπερ εἰ τὸ ξύλον ἢ ἐκθήτην ἐπιτίθησί τις (*praesens de conatu*) κατὰ ἀλλοτρίου τοίχου ἢ ἀέρος κινεῖται κατ' αὐτοῦ ⟨ἡ⟩ *prohibitoria* περὶ δουλείας ἲν ῥέμ (*movetur contra eum prohibitoria de servitute actio in rem*). Lo scolio appartiene all'indice doroteano e porta un nuovo contributo e una nuova conferma.

Camillo BREZZO, *Rei vindicatio utilis.* - Torino, 1889 (*).

Il libro del Dott. Brezzo giunge molto opportuno, tanto più che nell'anno ora scorso la difficile materia fornì il tema a parecchie buone monografie tanto italiane, quanto straniere.

Esso è, diciamolo subito, un libro buono: chiaro, preciso, acuto e sobrio, esso rivela nel giovane Autore una non comune maturità di studio e di pensiero e fa concepire liete speranze sul suo avvenire.

Il libro, dopo alcune considerazioni generali sulle *actiones utiles* nel diritto romano, viene a discorrere più particolarmente delle *utiles rei vindicationes*. L'A., dopo avere passato in rivista le principali teorie, riconosce giustamente l'impossibilità di raggruppare tutti i casi sotto un unico principio: il pretore con diverse finzioni in diversi casi concedeva l'*utilis rei vindicatio* quando a lui pareva equo e conveniente il farlo, benchè l'attore non avesse il dominio e invece l'avesse il convenuto. Passa in rivista i casi principali di *utilis actio in rem*, notando che la loro enumerazione è tassativa; giacchè si tratta di un *ius singulare*, che, se è suscettivo di interpretazione estensiva, non lo è certo di estensione analogica. L'ultimo capitolo si occupa della estensione utile dell'azione di rivendica di fronte al Codice civile italiano.

---

(1) Vedi le osservazioni fatte nel citato studio, p. 95 sgg. [*Scritti*, II, p. 156 sgg.].

(2) Vedi p. 72.

(*) [In *Rivista it. per le scienze giuridiche*, 9, 1890, pp. 104-105].

Avvertiamo intanto che ci pare un poco strano che l'A. non abbia toccato dell'azione utile (*ad exemplum vindicationis*) concessa al legatario dal senatoconsulto Neroniano [1]. Della scusa che gli altri trattatisti prima di lui non l'hanno fatto egli sarebbe certamente il primo a non valersi. Confidiamo pertanto che negli studi successivi egli illustrerà, con la dottrina e sagacia di cui ha dato prova, anche questo tipo. Inoltre, dobbiamo lamentare che nel lavoro manchi il criterio storico. L'A. avrebbe fatto assai bene se avesse:

a) fissato, meglio che si poteva, la cronologia delle diverse introduzioni di *actiones in rem utiles;*

b) distinte le *actiones in rem utiles* introdotte nel diritto classico dalle posteriori.

Così un giudizio generale sulla importanza e lo spirito di tali innovazioni sarebbe stato reso molto più spedito e sicuro. Ciò si collega con la poca conoscenza che l'A. mostra di avere dei nuovi studi sulle fonti. Si vegga, per es., quanto egli scrive [2] sulle *actiones ex poenitentia*, e si vegga come egli parli [3] di interpolazioni dei " glossatori „ (nella fiorentina?). La chiusa di D. 24, 1, 55 non gli ha destato alcun sospetto [4]. Le formule date dai bizantini non sono pervenute a sua notizia [5].

Tutto questo abbiamo voluto dire perchè non sembri che si voglia lodare ad ogni costo, e perchè da uno studio storico più accurato l'A. potrebbe certo cavare deduzioni utilissime. Ma il complesso del libro rimane quale lo abbiamo definito, cioè buono: e quindi ci congratuliamo con l'A., e gli auguriamo di continuare così bene come ha cominciato.

Karl SALKOWSKI, *Ausführliche Erläuterung der Pandekten, nach Hellfeld: ein Kommentar begründet von Dr. Friedr. von Glück* etc., XLIX Theil. - Erlangen, 1889 (*).

L'elaborazione della teoria generale dei legati e fedecommessi (commentario ai libri 30-32 dei Digesti) che, in continuazione all'opera del Glück, era stata così felicemente intrapresa dal compianto K. L. Arndts, rimase troncata per la morte di questi, senza che alcuno si assumesse

---

(1) [Vedi *supra*, p. 469 n. 1].

(2) Vedi p. 192.

(3) Vedi pp. 77 e 184.

(4) Vedi p. 161.

(5) Cfr., per es., a p. 87, dove le ipotesi addotte di alcuni moderni si confronterebbero opportunamente con i formularii bizantini.

(*) [In *Archivio giuridico*, 46, 1891, pp. 249-250. L'opera del Salkowski fu tradotta in italiano dal Ferrini, con contronote e appendici: F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, serie dei libri XXX-XXXII, parte II (Milano, 1901)].

di condurla a termine. Finalmente a tale compito si accinse uno dei più noti e valorosi pandettisti tedeschi, il Dott. K. Salkowski, professore nell' Università di Königsberg. Il suo volume (apparso sulla fine dello scorso anno) si riferisce ai §§ 1526-1529 del Hellfeld, e parla dell' obbligazione nascente da legato, del suo oggetto, dei suoi limiti, delle sue limitazioni e modificazioni, dei diritti dell' onerato e dei corrispondenti obblighi del legatario, delle azioni nascenti dai legati e dai fedecommessi, nonchè del rapporto che intercede fra i legatari e i creditori ereditari. Il libro del Salkowski è, bisogna pur confessarlo, non solo degnissimo compagno dei precedenti volumi dell' Arndts, ma anche si avvantaggia in loro confronto per una maggiore originalità, indipendenza e profondità di indagini. La vasta e complicata materia è stata lungamente meditata dall' Autore, il quale pochissimo prende dalle opere altrui e spessissimo si scosta dalla *communis opinio*, non di rado con felice ardimento. Egli stesso confessa di avere scritto il libro con il semplice aiuto delle fonti e di avere preso notizia della relativa letteratura solo dopo che il proprio lavoro fu compiuto. Io non so come risolvere il dubbio dell' A., se tal metodo sia riprovevole; certo però vi hanno nel libro delle spiacevoli lacune, che seguendo un diverso metodo non si sarebbero lamentate. Le letterature forestiere, e soprattutto l' italiana e la francese, in cui si trovano trattati anche recentemente parecchi degli argomenti elaborati da lui, sono totalmente ignorate. L'A. avrebbe veduto di essere stato più di una volta preceduto da altri nelle sue idee, o avrebbe veduto idee contrarie sostenute in modo da meritare almeno una confutazione. La letteratura tedesca è pur essa imperfettamente messa a profitto.

In quanto poi alla sostanza del lavoro, mi pare che il Salkowski esageri in due punti fondamentali, la cui menzione ritorna ogni momento. E cioè non posso seguirlo quando già dall' antico *legatum per vindicationem* fa nascere un' obbligazione dell' erede, la quale avrebbe potuto trovare tutela in un' *actio ex testamento*. Che l' erede nel legato *per vindicationem* non sia di fronte al legatario come qualsiasi terzo possessore rispetto al domino, è verissimo; quindi l' *arbitratus iudicis* si svolge in quel caso in forma particolare, determinato come è da speciali criteri. L'aver messo bene in chiaro questo punto (già da qualcuno avvertito anche per lo innanzi) è uno dei meriti principali del Salkowski. Ma ad ammettere addirittura un' azione personale, che tuteli una specifica obbligazione, manca ogni appoggio nei testi, i quali (a ben vedere) sono piuttosto decisamente contrari. Nè posso seguirlo nella soverchia importanza data all' adizione della eredità per fissare l' acquisto del dominio nel *legatum per vindicationem*. Non credo (e del resto di ciò ho trattato ampiamente altrove) che quanto vale per il legato di *res testatoris* nel diritto giustinianeo si possa trasferire senz' altro all' antico legato di proprietà. Ciò implica naturalmente una difforme esegesi di una lunga serie di testi. Ma l' A. è troppo proclive ad argomentare dalle condizioni

---

(1) Cfr., per es., p. 197 n. 57.

del *legatum rei testatoris* nel diritto giustinianeo a quelle del *legatum per vindicationem* (1). È senza dubbio altro dei meriti dell' A. quello di aver ben visto il nesso tra le due figure (nesso che si conferma pienamente con l'esame dei testi di diritto bizantino): ma qui pure non si doveva dimenticare che l'una figura non discende esclusivamente dall'altra, e che nel diritto nuovo fu spinta fin dove era possibile la parificazione di trattamento per tutti i casi.

Queste divergenze non impediscono che si ammirino le bellissime e nuove trattazioni sparse largamente nell' opera del Salkowski, della quale non potrà far senza, senza grande danno, chiunque si riponga a studiare questa così interessante, eppur così negletta parte del diritto romano.

Pasquale Melucci, *Il sistema ipotecario nel diritto civile italiano* (Corso di lezioni universitarie). - Torino, 1893 (*).

L'esimio civilista dell' Università di Modena ha raccolto e pubblicato in questo volume il suo corso di lezioni sull' arduo e importante argomento delle ipoteche. Di tutte le materie del diritto civile è forse questa che ha la maggiore applicazione; e, d'altra parte, poche materie le si possono paragonare per l'interesse teorico, giacchè non solo vi si cumulano e s'intrecciano difficili e vessatissime questioni, ma le stesse concezioni fondamentali sono in più modi e con sottili argomentazioni discusse.

La trattazione è divisa in quattro parti, comprendenti ciascuna un numero ineguale di lezioni. Nella prima parte si discorre del diritto di ipoteca nella sua intrinseca natura giuridica e nel suo titolo costitutivo; nella seconda della pubblicità dell' ipoteca; nella terza degli effetti della ipoteca; nell' ultima della sua estinzione.

L' A. ha creduto di non dover modificare, se non in qualche punto accessorio, il corso quale è stato da lui professato; e questa fu una buona idea, anche perchè il libro può così citarsi come modello di arte didattica, nel quale alla perspicuità grande e al dettato ordinariamente preciso si unisce una notevole vivacità di esposizione, che non siamo soliti a ritrovare nei libri di diritto privato. L' A. ha soppresso le citazioni e tutto quell'apparato poco utile di erudizione, che è tanto nelle abitudini dei giuristi moderni; forse anzi la reazione a tali poco lodevoli abitudini è stata in lui eccessiva, poichè non sarebbe stato male porre a pie' di pagina l'indicazione esatta dei passi degli autori che nel testo sono nominati.

Il Melucci, come è noto, non è molto fautore della così detta dommatica giuridica nè delle così dette "costruzioni giuridiche". Ma in

(1) [Si vedano le contronote nella cit. traduz. it. del Ferrini].
(*) [In *Rivista it. per le scienze giuridiche*, 17, 1894, pp. 411-412].

questo libro, forse più chiaramente che altrove, si rileva che egli, come il Jhering, è ostile alle soverchie astrattezze, ai concetti vaporosi, alla mania di subordinare tutto a una teoria preconcetta; non invece alle legittime induzioni che statuiscono dei principii teoretici fondamentali, ai quali si cerca di coordinare l'intera trattazione. Va infatti detto a lode che la sua argomentazione è di consueto rigorosamente giuridica, e che, pur essendo studioso della scuola francese, egli è libero dal difetto, non insolito fra i seguaci di questa, di puntellare il ragionamento su discutibili considerazioni estragiuridiche, sul pericolo di presunti inconvenienti etc., anzichè sugli argomenti dedotti dalla natura intima e dalla funzione specifica dei singoli istituti. Sicchè l'A., senza averne le apparenze, fa della dommatica (cfr., per un esempio evidente, la Lezione IX): ma della dommatica buona, che tiene in debito conto i rapporti, grandemente complessi, cui la norma giuridica si deve applicare.

F. Buonamici, *Di quello che debbono fare i romanisti nella moderna dottrina giuridica, ossia di un programma dell'insegnamento di diritto romano nelle scuole italiane moderne.* - Pisa, 1894 (estr. dall'*Archivio giuridico*, 52, 1894, pp. 415-468) (*).

In questo erudito ed importante lavoro il Buonamici si occupa delle accuse principali che oggidì si vanno movendo contro gli studi del diritto romano e contro i romanisti, soprattutto in Italia. Il diritto romano è tuttora l'elemento precipuo del nostro diritto privato; e lo scopo della lotta è appunto di ottenere una riforma di questo. Si vorrebbe costituire il diritto privato su nuove basi, informarlo a nuovi ideali; si vorrebbe (almeno così si dice) liberarlo dalle tendenze soverchiamente individualistiche e piegarlo alle esigenze sociali.

Il Buonamici dimostra assai bene che, in generale, i romanisti non sono affatto quei ciechi idolatri del " *Corpus iuris civilis* „ che taluni vogliono raffigurarsi, e che essi sono anzi ben disposti a tutte quelle opportune innovazioni che le mutate condizioni dei tempi richiedono. Ma il B. dimostra ancora che su tali innovazioni gli avversari del diritto romano sono tutt'altro che concordi: non mancano frasi vacue e ampollose, proposte vaghe e generiche di riforme, ma non ci sono ancora stati fatti conoscere emendamenti concreti che s'impongano per bontà ed evidenza appena ammissibili.

In verità, è facile gridare che il diritto romano è egoistico, eccessivamente individualistico, che bisogna tener nel dovuto conto l'interesse sociale e sacrificare a questo l'interesse privato, e così via. Ma non si

(*) [In *Rivista internaz. di scienze sociali e discipline ausiliarie*, 6, 1894, pp. 638-639. Sul tema vedasi Ferrini, *Lotte antiche e recenti contro il dir. romano* (Milano, 1901) = *supra*, p. 413 sgg.].

vede che, quando si voglia discendere al pratico, tutto ciò non può non avere per effetto una mera estinzione od un mero indebolimento delle energie industriali, e che ciò, in definitiva, tornerebbe a sicuro detrimento della società tutta quanta. Altro è temperare alcuni istituti in armonia con i fini dell' eguaglianza bene intesa e della sociale benevolenza, altro è capovolgere i criteri del diritto privato. Poichè questo, come prova largamente il B., non può prescindere dall' individuo e dall' elemento individuale.

La questione che ora si agita è nuova di parvenza, vecchia di sostanza. Si mutino i nomi, e si vedrà che tutto si riduce (naturalmente, prescindo dalle esagerazioni) ai confini da stabilire e mantenere fra obblighi di giustizia e dovèri di carità: i primi si riferiscono principalmente all'equilibrio degli interessi individuali, i secondi all' incremento del bene sociale anche con sacrificio di interessi individuali. Si è veduto da un pezzo che il non tener ben distinti gli uni dagli altri è causa di deplorevoli confusioni, e che inopportune coazioni tolgono non solo spontaneità, ma anche larghezza a generose prestazioni.

Il tempo antico ha bene inteso che quanto si attiene agli obblighi rigorosi di giustizia può essere formulato in norme assolute, quali sono richieste dalle esigenze della certezza del diritto, mentre i doveri di carità dipendono, e nell' essere e nella misura, da tanto speciali e concrete circostanze, che a siffatta formulazione non potrebbero andare soggetti senza snaturarsi, senza che ne risultassero limitazioni inopportune (talora anche dannosissime) all' umana libertà.

Dato che veramente sembrino inadeguate alla vita odierna le nostre istituzioni giuridiche, si osservi se, per avventura, non si chieda al diritto ciò che esso non è chiamato a dare, e che esso non può dare; se non debbano invece essere favorite altre istituzioni, propagate altre dottrine, incoraggiate altre iniziative dalle quali l' umanità possa trarre ben più sicuro e pieno sollievo ai propri mali, e conforto al proprio progredire.

F. Buonamici, *Note al § 10 Inst. de hered. inst. II, 14.* - Roma, 1895 (estr. dal *Bullett. dell' Istit. di dir. rom.*, VIII, 1895, pp. 31-35) (*).

Il Buonamici intende dimostrare che la enumerazione contenuta in Inst. 2, 14, 10 è tassativa, e che per conseguenza la regola *impossibilis condicio pro non scripta habetur* non è applicabile alla *tutoris datio testamentaria*. Ciò egli arguisce anzitutto dalla forma di quel passo, quindi dalla storia della regola stessa, sorta in origine a proposito dei soli legati. I frammenti dei Digesti che sembrano esprimersi in maniera più comprensiva, in realtà non contraddicono a tale affermazione: chi sottilmente li esamini, vedrà che il pensiero del giurista non va oltre i lasciti

---

(*) [In *Archivio giuridico*, 55, 1895, p. 599].

veri e propri (istituzioni, legati, fedecommessi e libertà). Il trattamento speciale che in confronto delle altre disposizioni ha in vari casi la *tutoris datio testamentaria* fa parere tanto più naturale che anche la nostra regola ad essa non si riferisse.

La tesi del B. si conforta anche con alcune osservazioni di Vittorio Scialoja ([1]), dalle quali appare viemmeglio come la enumerazione di Inst. 2, 14, 10 si debba considerare come tassativa.

Questa tesi si può considerare una novità, giacchè di regola tutti i commentatori delle Istituzioni giustinianee (vedi le abbondanti citazioni del B.), nonchè i trattatisti, espongono la regola " impossibilis condicio pro non scripta habetur „ siccome applicabile a tutte le disposizioni testamentarie.

Carlo Arnò, *Della distinzione tra servitù rustiche e urbane.* - Torino, 1895 (*).

In questo libro ben fatto l'Autore tratta una questione fondamentale per l'intelligenza della dottrina romana delle servitù prediali.

Dopo avere premesso alcuni cenni sulla genesi delle servitù prediali, a proposito della quale egli rifiuta la nota dottrina del Voigt e accoglie invece quella sostenuta fra noi da Vittorio Scialoja, pone in rilievo l'importanza che ebbe nel diritto romano la distinzione delle due categorie di tali servitù. Sviluppa la correlazione fra questa distinzione e quella di *res mancipi* e *nec mancipi*; s'arresta sull'antitesi, in tema di pignorabilità delle servitù prediali, fra *iura praediorum urbanorum* e *iura praediorum rusticorum*; e studia infine la diversità di trattamento delle due categorie di servitù prediali, in rapporto alla prescrizione estintiva.

Dopo avere chiarito l'importanza dell'argomento, l'A. espone il criterio di distinzione secondo l'opinione tuttora prevalente: esso, come è noto, dovrebbe dedursi dalla natura del predio dominante. Siffatta teoria è sottoposta da lui ad una critica minuta, e in molti punti felice. Viene quindi a passare in rassegna le altre opinioni principali che, in proposito, si trovano negli scrittori.

L'opinione poi sostenuta dall'A. è sostanzialmente quella che fu in Germania messa avanti dal von der Pfordten, accolta dal Sintenis, e che anche in Italia è conosciuta specialmente per opera del Doveri e del Serafini. La correzione che l'A. propone alla formola di questi scrittori è la seguente. Le servitù dei predi urbani sono quelle che esigono, in uno almeno dei due predi, l'esistenza di un edificio, che sorgono a causa dell'idea di un edificio, sebbene questa si presenti solo sotto forma negativa. La correzione non si presenta molto perspicua (la frase del-

---

([1]) *Bullett. dell' Istit. di dir. rom.*, 8, 1895, pp. 36-38 [vedi Ferrini, *Pandette*, p. 179 sg.].

(*) [In *Rivista it. per le scienze giuridiche*, 19, 1895, pp. 411-414].

l' " idea negativa „ è tolta dagli scrittori francesi); ma l'opinione dell'Arnò risulta chiara dai commenti e dagli esempi che egli soggiunge.

La distinzione romana perde nel successivo svolgersi del diritto la sua importanza; un'altra distinzione si afferma invece come feconda di pratiche conseguenze, quella di servitù continue e discontinue. I Romani, secondo l'A., avrebbero intuito che le servitù rustiche non sogliono essere suscettibili di continuato esercizio, e però (neppur prima della legge Scribonia) non sarebbe mai stata per queste possibile l'*usucapio*; nè essi, volendo statuire una regola generale, si sarebbero preoccupati del fatto che pur fra le servitù *praediorum rusticorum* talune si possano dire continue. La distinzione per altro non ha avuto alcuna importanza di fronte alla *praescriptio* acquisitiva.

L'A. persegue le due distinzioni nel diritto intermedio e nelle legislazioni attuali; e conclude con alcune osservazioni sull'utilità mediata o immediata che può trarsi tuttora dallo studio della classificazione romana.

Il lavoro è molto diligente: l'A. ha consultato con profitto non solo la letteratura direttamente attinente al suo tema, ma, in generale, anche quella riflettente le questioni da lui trattate solo *ob iter*, data l'occasione. Al quale proposito, non sarà inopportuno desiderare che nei suoi scritti futuri l'A. sia più parco nelle citazioni: ometta gli autori che nulla dicon di nuovo, e sacrifichi generosamente la menzione di molte controversie che non hanno verun nesso diretto con l'argomento, menzione che perciò riesce spesso incompleta. Ognuno presuppone senz'altro che egli, come romanista coscienzioso e sagace, riferisca i testi secondo le più accreditate edizioni, di cui pertanto torna superfluo lo specificare l'autore o, più ancora, le pagine.

Venendo al merito della sua trattazione, io son lieto di trovarmi con lui d'accordo nel punto sostanziale. Le singole servitù prediali sono rustiche od urbane, secondo la qualità loro; non dipende la classificazione dalla natura del predio dominante o da quella del servente. Non può ammettersi che la medesima servitù sia ora rustica ed ora urbana. Credo anche che il contrapposto fra il *solum* e la *superficies*, rettamente inteso, dia la chiave della distinzione medesima. Sul modo di formulare questa non sarei invece interamente d'accordo. Si pensi ad una *servitus ne prospectui officiatur* costituita a favore di un mio giardino e a carico del fondo di Tizio, che perciò non potrebbe istituire piantagioni. Qui siamo davanti ad una *servitus urbana* e ad una sua applicazione, che non implica necessariamente l'idea di edificio, sia pure negativa. Si noti però che il fine della servitù non si rapporta al suolo del predio dominante: si rapporta ad un uso di questo *more habitationis*.

L'A. crede giustamente che i concetti di " rustico „ e di " urbano „ abbiano nel diritto romano subìto una modificazione. In origine, sarebbe stata determinante la località del predio; poi la qualità, l'uso, la destinazione di questo. Io non posso però seguire l'A. quando ritiene che in un dato momento dello sviluppo storico del diritto romano si applicasse il criterio della località anche alla distinzione fra servitù rustiche ed urbane. Negli antichi tempi il *locus* implicava anche natura e destinazione

speciale; le mutazioni della vita, cui tenne dietro la mutazione del linguaggio, non possono (per quanto concerne l'applicazione di esso alle servitù prediali) essere più recenti della introduzione della maggior parte delle servitù prediali urbane.

Mi pare pertanto impossibile applicare quel criterio storico all'interpretazione di D. 8, 3, 2 pr. di Nerazio, autore che fiorì sotto Traiano e Adriano, quando le categorie giuridiche fondamentali erano ben fissate. Si avverta, per esempio, che il frammento dice: " Rusticorum praediorum servitutes sunt - - - cloacam habere licere per vicini domum vel praetorium *rell.* „ senza verun'altra determinazione; ciò che è in pieno contrasto con il presupposto dell'A. Come e per qual via il passo siasi guastato, non è qui il momento di ricercare: mancano pur troppo i sussidi delle fonti greche; ma che siasi guastato mi pare indubbio, qualunque sia la dottrina che sulla distinzione si professi [1].

Un altro passo che bisogna coraggiosamente ritenere alterato, ma dalla mano stessa dei compilatori, è D. 6, 2, 11, 1 (Ulp. 16 *ad ed.*): " - - - itemque servitutibus urbanorum praediorum per traditionem constitutis vel per patientiam (forte si per domum quis suam pa sus est aquae ductum transduci) *rell.* „ [2], con la sua forma spiccatamente bizantina. L'A. pensa ad una trasposizione: le parole " forte si etc. „ sarebbero state in origine collocate dopo la frase " item rusticorum, nam et *hic* [3] traditionem et patientiam tuendam constat „, che parimenti in lui non desta alcun sospetto. È singolare che egli si richiami ai Basilici, senza pensare che per il titolo sulla Publiciana non bisogna più ricorrere al vol. II dell'edizione del Heimbach, ma al supplemento dello Zachariae, dove è conservato l'Indice di Stefano che rende letteralmente quanto leggiamo nelle nostre edizioni dei Digesti: come esempio delle δουλεῖαι τῶν οἰκημάτων (la restituzione è sicurissima per il contrapposto successivo delle δουλεῖαι τῶν ἀγρῶν) si arreca ἔνθα τυχὸν ἠνέσχετό τις ὑδραγώγιον εἶναι διὰ τῶν οἰκημάτων αὐτοῦ [4].

È un vero errore, questo, dei bizantini, e già nelle scuole orientali dovettero turbarsi i criteri; nè senza influenza dovette essere la terminologia sostituita alla romana: " servitù degli edifici „ e " servitù dei campi „.

In vari altri punti dissentiamo dall'A.: per es., anche nell'interpretazione di Siculo Flacco p. 157, 11 sq. L. [5]. Ma tutto questo non ci impedisce di riconoscere i pregi della monografia, che non sono nè pochi nè lievi.

---

[1] [Vedi Ferrini, *Pandette,* p. 487 n. 5].

[2] Cfr. Perozzi, in *Bullett. dell' Istit. di diritto romano,* 7, 1894, p. 57 [Vedi Ferrini, *Pandette,* p. 487 n. 5].

[3] Proprio, come ognuno vede, l'ἐνθαῦτα bizantino!

[4] *Supplem. editionis Basilicor. Heimbachianae,* edit. C. E. Zachariae a Lingenthal, Lipsiae, 1846, p. 43 sg., sch. 8.

[5] Cfr. Karlowa, *röm. Rechtsgesch.*, II, p. 494.

Ernst Immanuel Bekker, *Ueber den Streit der historischen und philosophischen Rechtsschule.* – Heidelberg, 1886 (*).

È questo un discorso tenuto dall'insigne romanista Ernesto Emanuele Bekker nella sua qualità di prorettore dell'Università di Heidelberg (rettore, come si sa, è lo stesso Granduca). Il tema ha anche un'importanza locale: fu il professore heidelberghese Thibaut che ebbe l'idea di pubblicare (nel 1814) l'opuscolo sulla necessità di un diritto comune per la Germania, al quale opuscolo seguì il mirabile lavoro del Savigny " Sulla vocazione del nostro tempo etc. „, stampato pure a Heidelberg nell'anno medesimo. Così cominciò la lotta fra le due scuole, che (dopo molte vicende) continua innegabilmente tuttora. Dico innegabilmente, benchè ciò sia stato spesse volte negato; anche perchè, non di rado, un partigiano di una scuola sognò l'intera distruzione dell'altra, o perchè si suppose sorta la scuola eclettica con eliminazione delle due scuole in contrasto: così, ad es., il Vangerow, insegnando Pandette nell'inverno del 1844-45, affermava — e tra i discepoli era anche il Bekker (1) — che, cessata ormai ogni controversia e tornata pacifica la giurisprudenza, questa avesse preso il buono dell'uno e dell'altro sistema.

Negare la superiorità del Savigny e dei suoi più valorosi seguac sui rappresentanti della scuola filosofica, sarebbe voler negare l'evidenza. Il Bekker però non risparmia nemmeno ai primi le censure. Errore gravissimo della scuola savignyana fu il disconoscere l'influenza cospicua che il valore e l'autorità individuale possono avere sullo svolgimento del diritto (2): una conseguenza di questo errore fu l'inadeguato apprezzamento delle singole individualità dei giureconsulti romani.

Tuttavia, benchè la scuola storica siasi poi suddivisa in più rami, ancora oggidì i suoi principii fondamentali prevalgono, almeno in Germania; e tra i suoi seguaci essa conta giureconsulti di sommo valore.

In origine, la controversia ebbe un aspetto eminentemente pratico: sono note le conseguenze opposte cui pervenivano il Thibaut e il Savigny rispetto alla codificazione. Ma allora, più per ragioni politiche che per argomenti scientifici, non se ne fece nulla; ed al giorno d'oggi l'avversione ai codici è, da parte della scuola storica, molto scemata e forse scomparsa. È, dunque, più che legittima la domanda che il Bekker si pone in fine del suo lavoro: la scuola storica, nel suo prevalere, fa sperare utili risultati? E, nel caso che sì, come mai la impopolarità della scienza del diritto è piuttosto cresciuta che diminuita in questi ultimi tempi?

Mi pare che il Bekker, che pure è un valente campione della scuola storica, non apprezzi abbastanza il molto che le si deve. Più ancora le si dovrebbe, se non fosse stato quel disgraziato abisso che tuttora e dovunque vaneggia fra la teoria e la pratica (in senso lato) del diritto.

(*) [In *Il Rosmini*, 1, 1887, pp. 381-384].

(1) Il quale ce ne informa a p. 13.

(2) Vedi p. 19 sg.

Ad ogni modo, mi sembrano conseguenza degl' insegnamenti di questa scuola: se più nettamente si sono delineati i confini fra diritto e morale; se si è data maggiore importanza alle consuetudini, specialmente in materia mercantile; se si è tolto il divieto degli atti emulativi e distrutta la malsana teorica del diritto comune sulle obbligazioni naturali; se si è bandita la cosiddetta equità dai tribunali, e si è assicurato pacifico il regno del diritto positivo. So bene che non tutte le legislazioni s' informano a tali idee; so bene che pratica e teoria sono ancora spesso sotto l' impero di un totale dottrinarismo; so questo ed altro: ma che poteva far di più la scuola? Grettezza di vedute, abitudini antiche, difficoltà dei nuovi studi costituivano e costituiscono tuttora gravi impedimenti.

L' impopolarità della scienza del diritto s' è forse aumentata, come dicevamo, con il prevalere della scuola storica. Il Bekker ne ricerca i motivi nel medesimo indirizzo savignyano, perpetuatosi in quasi tutte le diramazioni della scuola. Il Savigny, dice l' A. (1), ha inteso e formulato bene lo svolgimento storico del diritto; ma non fu altrettanto felice nelle applicazioni dei suoi principii. Egli ha lasciato in fondo sussistere l' idea del diritto naturale e molte delle sue conseguenze, sicchè la giurisprudenza ha in sè molto di contradittorio e di repugnante allo spirito moderno (2).

La dottrina savignyana in se stessa non accoglie punto l' esistenza del diritto naturale. Anzi, per essa, “ diritto naturale „ è un' espressione priva di senso: come chi dicesse “ lingua naturale „.

Ora, che al Savigny e ad altri della sua scuola s' imponessero tuttora alcuni concetti poco armonizzanti con tali insegnamenti, io non oserò negarlo; ma non vorrei che qui si cadesse in una confusione. Savigny, Puchta, Bethmann-Hollweg, Rudorff, Stahl erano tutti profondamente compresi della verità e della importanza del principio morale e del principio cristiano.

Ora, è naturale che essi non solo non ammettessero veruna contraddizione fra il diritto e la morale (3) (poichè il diritto, anche concepito

---

(1) Vedi p. 14. Ma non si esageri. Il lato vero della dottrina savignyana sta in ciò, che anche il grande giureconsulto e legislatore deve ispirarsi all' ambiente che lo circonda e non dipartirsi dalle esigenze del tempo suo, venutesi creando attraverso un lungo processo storico. Anche il nostro Rosmini, che pur milita in campo sì diverso, riconosce questo in più luoghi, e segnatamente nel secondo frammento di filosofia del diritto, edito testè nella *Rassegna Nazionale* [vol. 32, 1886, pp. 3-40].

(2) Avrebbe insomma distrutto il nome e lasciato la cosa. Ciò mi richiama alla mente il noto caso di quel professore tedesco, che esordì il suo corso di diritto naturale con queste parole: “ Signori, il diritto naturale non esiste „. Pare che dopo queste parole egli avrebbe dovuto congedare immediatamente l' uditorio: invece continuò a far lezione tutto il semestre. Gente curiosa, i professori!

(3) Ed anzi “ il Cristianesimo „ come dice senza reticenze lo stesso PUCHTA in principio delle sue *Pandette* (XI ediz. per cura del Rudorff).

come legge esteriore e spontanea regolatrice de' rapporti sociali, non può, per la sua stessa natura, opporsi al fine etico della società umana); ma, riconoscendo nel Cristianesimo il massimo fattore della civiltà attuale, dovessero altresì attribuire a questo una singolare efficacia sui rapporti sociali regolati dal diritto. In tutto ciò quegli uomini insigni erano assai conseguenti, e la scuola storica era pienamente coerente a se stessa.

Io dubito invece molto che la impopolarità della scuola si debba al connubio, che da taluni seguaci s'è voluto stringere, con idee positivistiche e con il naturalismo. Per tale connubio essi furono indotti a trasportare il diritto fuori del suo ambiente vitale, a troncarne ogni feconda relazione col passato, a metterlo in urto con le tradizioni e con il buon senso: conseguentemente, la scuola storica così ridotta non poteva che perdere ogni efficacia, ed anzi la sua stessa natura. Ma la colpa non fu della scuola genuina, bensì di malcauti suoi rappresentanti. L'anno scorso un positivista dotto e valente, il Vanni, dimostrava che la scuola storica non può vantarsi (*sic*) di aver generato l'odierno positivismo. Ora, ch'io sappia, di tali vanti non è mai stata bramosa.

ERRATA - CORRIGE

Pag.		n.	lin.		*invece di*		*leggasi*	
Pag.	5	n. 1	lin.	3	*invece di*	quae ad	*leggasi*	quae
„	6		„	28	„ „	mortuum	„	mortuus
„	7	n. 4	„	6	„ „	loculentissimum	„	luculentissimum
„	8		„	28	„ „	consecratum	„	consecratus
„	15		„	13	„ „	nequat	„	nequeat
„	15		„	28	„ „	suo	„	suo ordine quo
„	21		„	30	„ „	ratio	„	rationem
„	22		„	29	„ „	concelebreretur	„	concelebraretur
„	29		„	10	„ „	σωρῶν	„	σορῶν
„	32		„	25	„ „	metallos	„	metalla
„	33		„	9	„ „	Poena	„	Poenam
„	33		„	35	„ „	νέκρον	„	νεκρόν
„	35		„	30	„ „	δηνὰρια	„	δηνάρια
„	36		„	13	„ „	τῷ́	„	τῷ
„	67		„	3	„ „	preagnatem	„	praegnatem
„	108		„	6	„ „	quella di	„	quella del
„	207	n. 1	„	3	„ „	40	„	49
„	237	n. *	„	6	„ „	2521 *d*	„	1521 *d*
„	372		„	17	„ „	autori	„	l'autore
„	418	n. 7	„	7	„ „	(Dicl.)	„	(Diocl.)
„	448		„	9	„ „	si	„	dove si

INDICE

TIP.
COOP.
PAVIA
PERPE
TVARE
DIFFON
DERE